



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit pénal et sciences pénales

Dirigé par Yves Mayaud

2010

Santé mentale et responsabilité pénale

Romaine Brunati

Sous la direction de Jean-Claude Bossard

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS, PARIS II

Master 2 Droit pénal et sciences pénales

Année universitaire 2009-2010

Santé mentale et responsabilité pénale

Mémoire présenté

par

Romaine Brunati

Réalisé sous la direction du Docteur J. C. Bossard

AVERTISSEMENT :

LES OPINIONS EXPRIMEES DANS CE MEMOIRE SONT PROPRES A LEUR AUTEUR
ET N'ENGAGENT PAS L'UNIVERSITE PANTHEON - ASSAS

REMERCIEMENTS

Je remercie le Docteur J. C. Bossard pour sa disponibilité et ses précieux conseils tout au long de l'élaboration de ce mémoire.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ Pénal	Actualité juridique Pénal
al.	Alinéa
art.	Article
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Coll.	Collection
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
C. Pén.	Code pénal
C. Proc. Pén.	Code de procédure pénale
CSP	Code de la santé publique
Dalloz	Recueil Dalloz
DP	Revue de droit pénal
GdP	Gazette du Palais
JCP	Juris-classeur pénal
JO	Journal officiel de la République française
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	Ouvrage cité
p.	Page
PUF	Presses Universitaires de France
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	3
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	4
SOMMAIRE.....	5
INTRODUCTION	7
PARTIE 1. SANTE MENTALE ET IMPUTABILITE.....	13
CHAPITRE 1. L'IMPUTABILITE, SUPPORT MORAL DE LA RESPONSABILITE PENALE.....	13
<i>Section 1. L'exigence d'imputabilité fondement de la responsabilité pénale.</i>	<i>15</i>
<i>Section 2. La détermination du seuil du discernement troublé.</i>	<i>31</i>
CHAPITRE 2. LE DEFAUT DE DISCERNEMENT, CAUSE DU RETRAIT DU DROIT PENAL.	46
<i>Section 1. Maladie mentale et responsabilité pénale.</i>	<i>46</i>
<i>Section 2. Maladie mentale et intervention pénale.</i>	<i>57</i>
PARTIE 2. SANTE MENTALE ET DANGEROUSITE.....	74
CHAPITRE 1. DANGEROUSITE ET RESPONSABILITE.	74
<i>Section 1. La montée en puissance de la notion de dangerosité.....</i>	<i>75</i>
<i>Section 2. Une exigence d'imputabilité atténuée par la dangerosité?.....</i>	<i>93</i>
CHAPITRE 2. DANGEROUSITE ET RETOUR DU DROIT PENAL.	109
<i>Section 1. Pénalisation légale de la santé mentale.</i>	<i>109</i>
<i>Section 2. Pénalisation judiciaire de la santé mentale.</i>	<i>123</i>
CONCLUSION	131
ANNEXES	133
BIBLIOGRAPHIE.....	136
TABLE DES MATIERES.....	140

« On construit des maisons de fous pour faire croire à ceux qui n'y sont pas enfermés qu'ils ont encore la raison ».

Michel Eyquem de Montaigne, *Les essais*, 1595.

« Les français...enferment quelques fous dans une maison, pour persuader que ceux qui sont dehors ne le sont pas ».

Charles de Secondat, baron de Montesquieu, *Lettres persanes*, 1721.

« Nous naissons tous fous. Quelques-uns le demeurent ».

Samuel Beckett, *En attendant Godot*, 1953.

INTRODUCTION

« Il n'y a sans doute pas, dans l'espèce humaine, un seul individu sage à toute heure et dépourvu de toute espèce de folie¹ ».

La folie est-elle partagée par chacun d'entre nous ? Sommes-nous tous fous ? Qui ne s'est pas posé la question ? Selon Pascal « *Les Hommes sont si nécessairement fous, que ce serait être fou par un autre tour de folie, de n'être pas fou* »². Chamfort³ considérait quant à lui, qu' « *il y a plus de fous que de sages, et dans le sage même, il y a plus de folie que de sagesse* ». La folie intrigue car chacun peut sentir qu'elle ne lui est pas totalement étrangère. La vie d'un Homme est ponctuée par des actes fous qu'ils soient héroïques, d'amour ou de jeunesse. Ce grain de folie qui est partagé par l'ensemble des Hommes peut amuser, parfois attirer.

Mais, sommes-nous pour autant « fous », au sens de la maladie mentale ? La réponse est nécessairement négative. A la « folie douce » qui nous est familière s'oppose la vraie folie, celle de ceux que l'on appelait autrefois les « fous furieux ». Cette folie, parce qu'elle nous est étrangère, inquiète. « *La malade mental, qu'on le veuille ou non, est effrayant*⁴ ». L'effroi résulte surtout du passage à l'acte criminel du « fou ». Irrationnel, gratuit, irréfléchi, le crime du malade mental angoisse car il est imprévisible. L'acte en lui-même, le choix de la victime, le moment, le lieu ne répondent pas à une logique qui pourrait être expliquée et donc potentiellement maîtrisée. Imprévisible, le crime du « fou » est aussi souvent spectaculaire, dépassant parfois les limites de l'horreur. Pour toutes ces raisons, il inspire la crainte et le rejet. Mais malgré tout, il passionne et fascine. En effet, l'acte du « fou » marque l'opinion publique car il est souvent relayé par les médias ou les personnages publics.

¹ *Eloge de la folie*, Erasme, 1509.

² *Les Pensées*, Blaise Pascal, 1670.

³ *Maximes et pensées, caractères et anecdotes*, Sébastien – Roch Nicolas de Chamfort, 1795.

⁴ *Les psychopathes dangereux*, H. Ey, Revue du Patricien, T. XII, 1962, p. 3237.

La folie meurtrière est régulièrement mise en lumière à travers les faits divers. Comment ne pas citer l'affaire des sœurs Papin.

« « Je vous en prie, qu'il ne monte pas. Restez en bas. Empêchez-le de voir ça. » *La supplication vient de l'agent de police Vérité, s'adressant à René Lancelin, propriétaire de la maison. [...] A l'étage, le spectacle atteint les sommets de l'horreur. [...] Les murs et les portes sont couverts d'éclaboussures de sang. Les victimes sont atrocement défigurées. Pas de doute, ce sont pourtant bien Mme Léonie Lancelin et sa fille Geneviève. [...] Les visages sont en bouillie, les orbites des yeux ne sont plus que des trous béants. Des fragments d'os et de dents sont éparpillés autour des cadavres. Un œil gît sur les premières marches de l'escalier. Les jambes et les fesses sont lardées d'une trentaine de coups de couteau. [...] Au fond de la chambre, les policiers aperçoivent deux lits. Dans l'un, serrées l'une contre l'autre, l'œil hagard, les cheveux en bataille, nues sous un simple peignoir, des jeunes femmes sont couchées. Comme des automates, les deux bonnes se lèvent. « On vous attendait », lance Christine. Livides, les menottes aux poignets, elles suivent les agents de police. Leur regard est éternellement fixe. Il a suffi d'un si bref instant : un incident électrique et le retour inopiné de leurs patronnes. Face à l'étonnement de Madame, la colère s'empare de Christine. Sa sœur Léa l'a rejointe. Elles vont basculer dans une violence inimaginable. [...] Etaient-elles sous l'emprise de la folie ? Les experts ont répondu par la négative⁵. » Cette histoire a passionné les psychiatres, les juristes mais aussi l'opinion, les écrivains et les cinéastes. Et elle ne fut pas la seule.*

Face à l'imprévisibilité et la monstruosité que révèlent de tels faits divers, le questionnement est ancien et l'amalgame facile. « *La croyance populaire superpose un crime fou et le crime d'un fou⁶* ». Nous devons nous poser deux questions. Tout d'abord, le « fou » serait-il plus criminel ? La stigmatisation du malade mental comme personnage dangereux et violent est un phénomène récurrent dans nos sociétés. Pourtant, cette image du « fou criminel » est loin de refléter la réalité. Citons par exemple une étude de 1987 de la sérieuse National Health Association aux Etats-Unis qui rappelait que « *Les personnes atteintes d'une maladie mentale ne sont pas plus à risque de réaliser un crime que les autres membres de la*

⁵ *L'affaire Papin*, Grands procès, S. Darblade, De Vecchi, 2006.

⁶ *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté*, J. -L. Senon, Cyril Manzanera, AJ Pénal 2008, p. 176.

*population générale*⁷ ». Depuis, selon J. – L. Senon, Professeur de psychiatrie et psychologie médicale à la Faculté de médecine de Poitiers⁸, « *il a été confirmé que dans les pays industrialisés le taux d'homicides est de 1 à 5 pour 100 000 habitants et que les troubles mentaux avérés seraient responsables de 0,16 cas d'homicide pour 100 000 habitants* ». Les malades mentaux représenteraient selon les pays entre 1 auteur d'homicides sur 20 et 1 sur 50. Mais la confusion entre le crime et la maladie mentale est persistante et est souvent ravivée par la médiatisation des violences commises par certains malades.

Par ailleurs, l'amalgame entre crime et folie connaît une seconde illustration pouvant être résumée dans la question suivante : tout crime horrible est-il fou ? En effet, il est facile d'associer le crime, ou du moins les plus violents, à la folie. Le raisonnement est simple : c'est monstrueux donc fou. Aucun individu « normal » ne pourrait faire cela⁹. Cependant ce raisonnement est peu convaincant tant il est significatif que la capacité à commettre des actes atroces n'est pas spécifique aux malades mentaux.

Où s'arrête le crime ? Où commence la folie ? Comment expliquer la confusion, la peur et la fascination qui sont caractéristiques du regard porté sur le délinquant malade mental ? Il semble que l'ignorance permette d'apporter une réponse assez satisfaisante. La discipline psychiatrique n'est que difficilement accessible par le profane. L'ignorance fausse la représentation qui peut être faite du malade mental, qui devient alors l'objet des fantasmes les plus fous. Pourtant, c'est à un profane assez particulier qu'il revient de traiter de la folie criminelle : le juriste. Malgré une méconnaissance réciproque, deux disciplines, la psychiatrie et le droit pénal, sont amenées à collaborer afin d'apporter une réponse à une question : celle de la responsabilité pénale du malade mental.

Le droit criminel constitue la réponse de la Société au préjudice social découlant d'une infraction. Il n'a pas toujours considéré le malade mental de la même manière. Le droit romain considérait que les insensés et furieux ne pouvaient être jugés. Malgré les

⁷ *Le risque de violence dans les troubles mentaux graves*, J. – L. Dubreucq, Annales médicopsychologiques, 2005.

⁸ *Psychiatrie et justice pénale : à la difficile recherche d'un équilibre entre soigner et punir*, J. – L. Senon, C. Manzanera, AJ Pénal, 2005, p. 353.

⁹ Pour illustrer cette théorie, une citation de P. J. G. Cabanis, médecin, physiologiste et philosophe français du 18^{ème} siècle : « *On a découvert la méthode curative au moyen de laquelle on pourra désormais traiter le crime comme les autres espèces de folie.* », 1790, cité dans *Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*, M. Renneville, Fayard, 2003, p. 39.

travaux déjà existant d'Hippocrate qui rattachaient la maladie mentale au savoir médical, les Anciens considéraient que l'aliénation mentale échappait à la volonté humaine pour relever d'une explication divine. D'origine surnaturelle, la folie était acceptée et pouvait s'emparer des êtres les plus nobles tels qu'Héraclès. Au Moyen Age, le traitement du « fou » était très variable. On considérait de façon générale que la folie était en elle-même une peine, ce qui justifiait l'irresponsabilité pénale. Le « fou » était alors en général remis à sa famille qui était chargée de le surveiller. La coutume voulait que chacun garde ses « fous » chez soi. Pour certains, il existait même une certaine bienveillance à l'image de Charles VI, le « Bien aimé » qui malgré sa folie et le meurtre de quatre hommes le 5 août 1392, fut toujours apprécié du peuple. Mais en raison de la méconnaissance relative aux maladies nerveuses, les épileptiques et hystériques étaient quant à eux, traités avec une extrême sévérité étant soupçonnés d'être possédés ou sorciers. La peur qu'ils inspiraient justifiait parfois un traitement par l'Eglise et ses tribunaux de l'Inquisition qui trouvaient une réponse dans la torture et le bûcher. Malgré une certaine bienveillance, le Moyen Age resta donc une période marquée par une réelle crainte du « fou ». Il fallu attendre un édit de Louis XIV en 1672 pour qu'il soit mis fin aux barbaries de l'Inquisition envers certains « fous ». Le principe de l'irresponsabilité pénale fut repris par l'Ordonnance criminelle de 1670 qui disposait que *« le furieux ou l'insensé n'ayant aucune volonté ne doit pas être puni, l'étant assez de sa propre folie »*.

Le principe de l'irresponsabilité pénale demeure après la Révolution française même si le fondement n'est plus le même. Les travaux de Pinel puis d'Esquirol dès la fin du XVIIIème siècle ont fait passer la folie de la volonté divine à la maladie mentale privant l'individu de sa capacité de comprendre et de vouloir. Le code pénal de 1810 a suivi ces conceptions avec l'article 64 du code pénal qui disposait qu' *« il n'y a ni crime ni délit si l'inculpé était en état de démence au temps de l'action ou a agi sous l'empire d'une force à laquelle il n'a pu résister »*. Privé du discernement suffisant, le dément ne peut répondre de ses actes et est exclu du champ répressif. Le code pénal de 1992 a lui aussi consacré ce principe en substituant toutefois au terme « démence », l'expression plus précise de « trouble psychique ou neuropsychique ». Il a aussi intégré l'évolution des connaissances psychiatriques et de la pratique en consacrant la prise en compte de l'anomalie mentale caractéristique de ceux que l'on appellera les « demi-fous ». Ainsi l'article 122-1 dispose que *« N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un*

trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.

La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. »

Le principe de l'irresponsabilité pénale du malade mental est donc ancien, même si ses fondements ont évolué. La théorie classique du droit issue du siècle des Lumières et des philosophies humanistes fonde la responsabilité pénale sur la capacité d'un Homme libre à agir en conscience, avec le discernement suffisant. La réponse pénale est donc soumise à une exigence d'imputabilité qui fait totalement ou en partie défaut pour les malades mentaux. Néanmoins, face à ce grand principe humaniste, la Société a évolué. Les manifestations de cette évolution sont multiples : demande sécuritaire croissante, Société de la peur et du fait divers, aspiration au risque zéro, rôle accru de la place des victimes... Dans ce contexte, le malade mental est l'objet de toutes les interrogations mais aussi, et plus que jamais, de toutes les peurs. La folie criminelle est plus que jamais au cœur des représentations sociales. La mise en exergue de la dangerosité du malade mental n'est toutefois pas nouvelle. Une nouvelle politique criminelle s'esquisse en réalité dès la première moitié du XX^{ème} siècle. Elle concilie, comme le propose le juriste R. Saleilles, peine classique et mesures de défense sociale¹⁰. La peine classique s'adresse aux individus dotés de libre arbitre, tandis que les mesures de défense sociale s'appliquent à la population qui met en échec la fonction d'amendement du système carcéral. Ainsi, en 1937 déjà, X. Abély disait « *La notion de nocivité sociale est substituée à celle de responsabilité et de culpabilité ; la sentence thérapeutique remplace la peine* »¹¹.

Mais il semble aujourd'hui que cette conception ait atteint son paroxysme, et ait participé à une évolution du droit pénal particulièrement sensible depuis la fin du XX^{ème} siècle se traduisant par la multiplication de lois pénales particulières aux malades mentaux. La dangerosité du « fou » justifierait aujourd'hui une pénalisation de la santé mentale. La notion de dangerosité semble avoir fait évoluer le regard du droit pénal sur la folie. La

¹⁰ *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, R. Saleilles, Paris, Alcan, 1909 (1899), p. 129.

¹¹ Citation de X. Abély, tirée de *Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*, M. Renneville, Fayard, 2003, p. 355.

volonté répressive contemporaine interroge quant à la pérennité du principe fondateur de l'irresponsabilité pénale du malade mental. S'il apparaît, nous le verrons, que le principe demeure fort heureusement, il faut se demander si la maladie mentale, dans son ensemble, n'est pas de plus en plus « pénalisée ». Cette évolution marque une intégration croissante du malade mental dans la sphère pénale par un « retour » du droit pénal dont il est traditionnellement exclu.

Notre développement s'attachera à analyser ces impressions en répondant à une question : **la dangerosité avancée du malade mental n'est-elle pas un facteur de pénalisation au mépris de l'exigence d'imputabilité, fondement de la responsabilité pénale et de la place du droit pénal ?**

Nous nous attacherons à déterminer si les fondements de la responsabilité pénale ne sont pas en train d'évoluer et ce, de façon particulière aux malades mentaux.

Afin de répondre à cette question, nous envisagerons tout d'abord le fondement traditionnel de la responsabilité pénale qui veut que le défaut d'imputabilité propre à la maladie mentale est une cause d'irresponsabilité et de ce fait de retrait du droit pénal (**Partie 1**). Ensuite, nous analyserons quelles implications l'accent mis sur la dangerosité des malades mentaux, a sur leur responsabilité pénale et sur la place du droit pénal dans la maladie mentale en général (**Partie 2**).

PARTIE 1. SANTE MENTALE ET IMPUTABILITE.

La responsabilité pénale repose sur un fondement moral : l'exigence d'imputabilité. Pour répondre de ses actes, c'est-à-dire être responsable, l'Homme doit être suffisamment libre et avoir la conscience nécessaire de ses actes. Le discernement peut parfois être troublé, notamment chez les malades mentaux (**Chapitre 1**).

Au regard de ce principe humaniste, le malade mental est en principe pénalement irresponsable. Une fois les conditions de l'article 122-1 du code pénal vérifiées, le droit pénal se retire (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. L'imputabilité, support moral de la responsabilité pénale.

Gabriel Tarde¹² disait : « *Pour deux raisons la folie nous rend irresponsable, parce qu'elle nous désassimile et parce qu'elle nous aliène, parce qu'elle nous fait étranger à notre milieu et parce qu'elle nous fait étranger à nous même. Elle refond le moi, bien que, le plus souvent, elle le fasse tomber du côté où il penchait déjà, et le moi nouveau qu'elle lui substitue a pour essence d'être insociable... Voilà pourquoi nos principes défendent de punir le fou... Toute folie est une extravagance qui nous isole d'autant plus qu'elle est fixée, consolidée et chronique.* »

Les termes employés par Tarde sont révélateurs de la singularité de l'état de folie, qui sans exclure l'individu de l'Humanité, le met néanmoins, en marge d'une Humanité que l'on pourrait qualifier de « sociale ». Le « fou » est étranger à son milieu, étranger à lui-même, insociable, isolé... L'étranger (*estranger*, du latin *extraneus*, « extérieur ») est celui qui ne fait pas partie de..., qui est extérieur. C'est parce que la folie isole du reste de la Société, qu'en retour, cette dernière adapte sa réponse et notamment, sa réponse pénale. L'Homme, lorsqu'il engage sa responsabilité pénale, fait face à ses actes, les assume devant la Société. Faire cela suppose une prise de conscience. Seul un Homme doté d'une conscience suffisante peut répondre socialement de ses actes car il est capable d'en répondre

¹² *La philosophie pénale*, G. Tarde, 1890, p 113-114.

intérieurement.

Cette capacité correspond, en droit, à l'exigence d'imputabilité. Etre imputable permet d'être reprochable. La responsabilité pénale a pour préalable fondamental l'imputabilité. Elle repose sur le postulat d'un Homme doté de conscience et d'une liberté suffisante pour pouvoir répondre de ses actes. Sans imputabilité, nulle responsabilité ne saurait être **(Section 1)**.

L'imputabilité peut disparaître à défaut d'une conscience ou d'une liberté suffisante. Le trouble psychique ou neuropsychique en ce qu'il peut anéantir la capacité de comprendre, de juger et d'agir, est donc potentiellement une cause d'irresponsabilité pénale. Mais dire cela ne peut suffire. La caractérisation d'un tel trouble et l'appréciation de ses effets en matière de responsabilité pénale est une question délicate et complexe sur laquelle il convient de se pencher avec mesure et précision **(Section 2)**.

Section 1. L'exigence d'imputabilité fondement de la responsabilité pénale.

La responsabilité pénale ne peut exister qu'en présence d'un sujet libre et éclairé par une conscience suffisante, autrement dit imputable (§1). La personne atteinte d'un trouble mental est incapable de comprendre, juger, discerner le bien du mal et donc agir librement. Ce défaut d'imputabilité est alors une cause subjective d'irresponsabilité spécifique à l'agent atteint du trouble mental (§2).

§1. L'imputabilité : assise humaine de la responsabilité pénale.

La responsabilité pénale ne peut s'envisager qu'en référence à l'Homme. Ce type de responsabilité dite subjective voit dans l'Homme un être supposé libre et capable de discernement en référence aux philosophies humanistes (A). Ce fondement philosophique se traduit concrètement en droit par l'exigence d'imputabilité, préalable nécessaire à la responsabilité pénale (B).

A. Liberté et responsabilité en philosophie.

Dans un sens courant la responsabilité désigne la faculté de bien juger, de se comporter raisonnablement, en prenant des décisions avisées. Mais être responsable c'est aussi accepter, assumer une charge. Le terme responsabilité vient du latin *respondere*, « répondre » qui renvoie donc à la capacité de l'Homme à répondre de ses actes. La philosophie voit dans la nature spécifique de l'Homme la justification de sa responsabilité. Cette aptitude est propre à l'Homme, seul être doué de raison et agissant avec liberté (1). Le degré de liberté attribué à l'Homme par les théories de la philosophie du droit a varié et avec lui, la place de sa responsabilité (2).

1. Philosophie humaniste.

Pour comprendre la doctrine de l'irresponsabilité des malades mentaux, il est tout

d'abord nécessaire de se questionner sur celle de la responsabilité. Le XIX^{ème} siècle a pu être qualifié d'âge d'or du sujet classique dont la première caractéristique est d'être doté d'une volonté libre. Saint Augustin est généralement considéré comme le père fondateur de cette doctrine. Selon lui, l'Homme dispose du libre arbitre, ce dernier pouvant être à l'origine des péchés¹³. Mais c'est avec la disparition de la doctrine du péché originel entre le XVI^{ème} et le XVIII^{ème} siècle qu'apparaît vraiment l'image d'un Homme doué de raison et maître de sa volonté. Dès lors, l'infraction n'est plus le résultat de l'ignorance et des passions. Elle résulte, au contraire, d'une volonté rationnelle et libre qui fonde la responsabilité et légitime la punition dans le cadre d'une justice rétributive.

- **Une responsabilité propre à l'Homme.** On remarque tout d'abord que la responsabilité, et plus particulièrement la responsabilité pénale, est attachée à l'Homme. Il aurait été possible d'envisager une responsabilité pénale purement objective c'est-à-dire réactive au constat objectif d'un trouble social. Cette logique déconnectée de la dimension humaine s'attache au trouble social lui-même plus qu'à l'auteur du trouble. Les procès faits aux animaux et aux objets inanimés dans les sociétés archaïques en sont une illustration. La responsabilité purement objective existe toujours, mais dans une branche particulière du droit pénal, le droit pénal administratif, qui relève d'une logique déconnectée de la dimension humaine de la responsabilité pénale. C'est un droit punitif qui réagit de façon automatique à une activité perturbatrice et non pas à une personne. Le droit pénal administratif n'a donc pas l'assise humaniste du droit pénal classique.

- **Une liberté inhérente à la responsabilité pénale.** On voit que la notion de responsabilité, en renvoyant à celles de capacité, d'aptitude de l'Homme à répondre de ses actes, est liée au concept de liberté. Être responsable c'est tout d'abord être libre. La capacité à répondre de ses actes suppose donc préalablement celle de les vouloir, et ce, en toute liberté. La responsabilité pénale particulièrement renvoie à une nécessaire liberté du sujet. Là où la responsabilité civile établit une relation directe entre une personne et un acte dommageable qui fait de cette personne l'auteur de l'acte, la responsabilité pénale pose la question de la liberté de l'agent. Peu importe d'ailleurs que l'Homme soit réellement libre

¹³ Toutefois, le mal est aussi expliqué, dans les propos de Saint Augustin, par le péché originel cette fois, l'Homme étant alors un être doté d'une intelligence moindre et sujet aux passions et aux craintes.

selon Rudolf Von Jhering¹⁴, l'important étant qu'il se croit libre. On dit que l'Homme est « reprochable » c'est-à-dire qu'il est possible de lui reprocher ses actions car elles sont la traduction d'une liberté totale.

- **La philosophie humaniste.** Cette relation entre la responsabilité pénale et l'Homme libre s'est imposée avec l'avènement de la philosophie humaniste des Lumières. L'Humanisme philosophique de Rousseau à Kant, voit en l'Homme un être doté de raison et libre mais aussi sujet de devoirs. Cet Homme, sorti de l'état de nature, sait distinguer le bien du mal, et a la maîtrise de ses actes. Cette capacité le rend supérieur à toute autre créature mais le rend aussi seul responsable.

Selon Jean Jacques Rousseau¹⁵, par le contrat social, l'Homme abandonne sa liberté primitive de « bon sauvage » en se soumettant à la volonté générale. Chaque individu y est contraint en tant que sujet mais chacun, en tant que citoyen, y participe. Les Hommes perdent donc leur liberté naturelle mais restent aussi libres en obéissant à une loi qu'ils se sont eux-mêmes fixés.

La liberté est synonyme d'indépendance intérieure et de capacité morale à se déterminer suivant la raison et l'intelligence. La liberté de l'Homme est donc proche de la notion de raison. La raison est « la faculté qui nous rend capables à la fois de former des concepts et des jugements, d'organiser nos connaissances en systèmes, et de donner un sens à l'univers, en introduisant un ordre dans les représentations symboliques que nous en avons »¹⁶. Les philosophes humanistes voient dans la raison le propre de l'Homme. A cette faculté de l'esprit est souvent liée la faculté de bien juger. La raison s'oppose alors à la folie et aux passions. Selon Emmanuel Kant¹⁷, la raison est pure car elle fournit, en dehors de toute expérience, les principes de la connaissance et ceux qui doivent régler l'action. Elle seule permet de postuler la liberté. Dans *Réponse à la question : « Qu'est-ce que les Lumières » ?*, Kant répond « Aie le courage de te servir de ton propre entendement. Voilà la devise des Lumières ». Kant a systémisé l'autonomie de la volonté qui veut que l'Homme ait

¹⁴ *Der Kampf ums Recht*, R. Von Jhering, Vienne 1872, trad. fr. Octave de Meulenaere, Paris, Marescq Aîné, 1890.

¹⁵ *Du contrat social* (1762) et *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les Hommes* (1755), J.-J. Rousseau.

¹⁶ *La pratique de la philosophie de A à Z*, E. Clément, C. Demonque, L. Hansen-Løve, P. Kahn, Hatier, Paris, avril 2000.

¹⁷ *Critique de la raison pure* (1781), *Critique de la raison pratique* (1788), *Critique de la faculté de juger* (1790), E. Kant

la faculté de comprendre, discerner et donc de choisir le comportement adapté. Cette capacité fonde sa responsabilité pénale. La responsabilité n'est pas évoquée par Kant mais elle dépend de la « capacité naturelle d'entendement et de jugement de l'Homme¹⁸ ». Selon lui, « lorsque quelqu'un a délibérément occasionné un malheur et que pour savoir s'il est coupable et de quelle culpabilité son acte relève, il faut donc déterminer s'il était alors fou ou non...¹⁹ ».

L'Homme est donc un être capable de connaître et de raisonner comme aucun autre. Cela en ferait alors un être libre et par conséquent responsable. C'est néanmoins sur cette question du degré de liberté de l'Homme que les théories du droit se sont opposées.

2. Philosophie du droit.

- **La théorie classique.** La théorie classique, la plus proche de la philosophie humaniste, avait pour postulat la liberté de l'Homme. Cette approche valait pour tous, y compris les « déments ». Chacun était donc supposé pleinement responsable. Cette solution « égalitaire » avait le mérite de la simplicité mais aussi ses travers. En effet, certaines personnes, et notamment celles atteintes d'une maladie mentale, ne sont pas aussi libres que les autres. La compréhension et la conscience qu'ils ont des choses et notamment de leurs actes ne sont pas aussi entières qu'elles ne le sont pour les autres. Cette absence de nuance peut s'expliquer par son inspiration religieuse. Pendant longtemps, la démence a été vue comme une punition divine pour un péché passé ou une possession du Diable. Dans les deux cas, on considérait qu'il ne fallait pas être plus tolérant avec les déments qui méritaient, en quelque sorte, leur punition. A cette théorie s'oppose radicalement une autre, la théorie positiviste.

- **La théorie positiviste.** Née au XIX^{ème} siècle en Italie avec C. Lombroso et E. Ferri, elle supposait à l'inverse une absence de libre arbitre et un déterminisme total. L'action est le résultat d'un processus causal très complexe qui ignore la notion de liberté de pensée et d'action de l'Homme, et écarte donc la question de la responsabilité à laquelle est substituée celle de dangerosité considérée comme plus objective. La responsabilité n'est plus en

¹⁸ *Anthropologie du point de vue pragmatique*, I - Didactique anthropologique, livre 1 : De la faculté de connaître, § 51, E. Kant, Garnier-Flammarion.

¹⁹ *Ibid.*

question puisqu'à proprement parler, personne n'est responsable. La justice n'est plus là pour punir les responsables mais pour réparer les torts causés et en prévenir la réalisation. Cette théorie est classiquement assez éloignée de la position traditionnelle du droit pénal qui vise en principe la sanction de la personne qui a commis une infraction avec l'entendement et la liberté suffisante. Cette approche « traditionnelle » s'apparente en fait à la théorie néoclassique qui fait aujourd'hui autorité en France et dans la majorité des pays occidentaux.

- **La théorie néoclassique.** Selon cette théorie intermédiaire, la capacité de comprendre et juger et, en conséquence, la responsabilité existent bien, mais de façon inégale chez tous les Hommes. Ni absolue, ni absente, la responsabilité est donc graduelle. Cette théorie, à la différence des deux autres renverse la logique philosophique. Là où la philosophie voit dans la liberté de l'Homme la source de la responsabilité, le droit, conscient du fait que tous les Hommes ne sont pas également libres, en a fait une condition à la responsabilité.

Véritable préalable éthique, l'exigence d'une capacité de discernement et de liberté suffisante conditionne donc la responsabilité et engage sa nature morale. Cette donnée fondamentale que le droit pénal a toujours portée est l'imputabilité, c'est-à-dire l'assise humaine de la responsabilité pénale.

B. Imputabilité et responsabilité en droit.

L'imputabilité n'est pas une donnée technique mais une donnée fondamentale de la responsabilité pénale qui exige plus que la simple relation causale entre un individu coupable et une infraction (1). L'imputabilité connaît deux composantes, le libre arbitre et le discernement. La maladie mentale, correspond à un trouble du discernement et donc à une cause de non imputabilité (2).

1. La nécessaire imputabilité.

-**L'imputabilité, préalable à la culpabilité.** « Le droit pénal est une réaction à des

conduites humaines et il n'est de désordre que sous couvert de personnes imputables »²⁰. En comparaison, la question de la culpabilité de l'agent, c'est à dire l'élément moral de l'infraction, est reléguée à un second rang, strictement technique, et n'a lieu d'être posée qu'une fois la première réglée. L'imputabilité est d'ailleurs un préalable nécessaire à l'intention comme à la non intention. « *Toute infraction même non intentionnelle, suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté* »²¹.

L'imputabilité fonde la responsabilité et précède donc nécessairement la question de la culpabilité qui permet seulement d'en donner la mesure.

- **L'imputabilité, complément nécessaire de l'imputation.** Le fondement de la responsabilité pénale est, nous l'avons observé, subjectif. L'imputabilité, préalable premier de la responsabilité, ne se confond pas avec la simple imputation. L'imputation rejoint le constat de la matérialité des faits c'est-à-dire le rapport de cause à effet entre un auteur et des faits. Cette imputation suffit à la responsabilité civile qui n'engage pas les mêmes enjeux que la responsabilité pénale. Le droit pénal, pour engager un mécanisme de responsabilité puis de sanction, nécessite la superposition de l'imputabilité à l'imputation, les deux n'ayant pas le même objet. « A l'imputabilité correspond un jugement de valeur, à l'imputation une simple restitution des événements ».²²

Ces deux notions, substantiellement différentes, font d'ailleurs l'objet d'un traitement séparé en procédure pénale. Ainsi, l'article 249-1 du code de procédure pénale relatif aux questions posées au jury, prévoit que devront être posées successivement deux questions : la première étant « 1° *L'accusé a-t-il commis tel fait?* », à la suite de laquelle est posée « 2° *L'accusé bénéficie-t-il pour ce fait de la cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article... du code pénal selon lequel n'est pas pénalement responsable la personne qui...?* ». Réalité des faits (ou imputation) et imputabilité font donc l'objet de deux questions séparées.

2. La maladie mentale, cause de non imputabilité.

- **Débats.** Quelle conséquence juridique précise convenait-il d'attribuer à la maladie

²⁰ *Droit pénal général*, Y. Mayaud, 2^{ème} éd. Paris, PUF, 2007, p. 485

²¹ Ainsi s'exprimait la Cour de cassation dans son célèbre arrêt Laboube (Voir Crim. 13 déc. 1956, D. 1957. 349, note M. Patin.

²² *Les malades mentaux entre non imputabilité et imputation*, Y. Mayaud, AJ Pénal 2004

mentale? Au regard de ce qui précède, la réponse semble aujourd'hui évidente. La maladie mentale est une cause de non imputabilité elle-même cause d'irresponsabilité. Ainsi, la majorité de la doctrine²³ voit dans le trouble psychique ou neuropsychique une cause de non imputabilité, au même titre que l'erreur ou la contrainte²⁴.

Toutefois, cet avis n'est pas unanimement partagé et, même s'il est majoritaire, il convient de présenter les avis divergents. En effet, pour certains auteurs comme R. Garraud²⁵, il s'agit d'une cause de non responsabilité indifférente à l'imputabilité ou encore une cause de non culpabilité par une intégration à l'élément moral de l'infraction²⁶. Enfin d'autres auteurs²⁷ y voient un fait justificatif.

Ces doctrines isolées ont pu connaître certaines confirmations dans des décisions de la Cour de cassation²⁸ mais restent minoritaires et ne peuvent emporter la conviction. L'assise humaine du droit de la responsabilité pénale, ne peut que plaider pour une conception du trouble psychique ou neuropsychique affectant le discernement ou le contrôle des actes, en tant que cause de non imputabilité. Ne pas agir librement, avec la conscience nécessaire, revient à ne pas être imputable, l'imputabilité étant le préalable fondamental de la responsabilité. Faire du trouble psychique ou neuropsychique une partie de l'élément moral de l'infraction c'est-à-dire de la culpabilité, ou encore un fait justificatif, reviendrait à nier le fondement subjectif du droit pénal. A cela s'ajoute une considération pratique relative au fait justificatif : si on analysait le trouble psychique ou neuropsychique comme un fait justificatif, il n'y aurait plus d'infraction du tout. Le fait justificatif, opérant *in rem*, fait disparaître le caractère délictueux par la disparition de l'élément légal de l'incrimination. En conséquence, non seulement l'auteur n'aurait pas à répondre de ses actes en justice, mais aussi son complice sain d'esprit par exemple! La formule de l'ancien article 64 du code pénal pouvait laisser penser à une approche en terme de fait justificatif. « *Il n'y a ni crime ni délit* »

²³ *Droit pénal général*, P. Conte, P. Maistre du Chambon, 5^{ème} éd., 2000, A. Colin, n° 535 et s. ; *Traité de droit criminel*, R. Merle, A. Vitu, t. 1, n° 625 et s. ; *Droit pénal général*, V. J. Pradel, 12^{ème} éd., 1999, Cujas, n° 535 et s.

²⁴ *Droit pénal général*, J.-H. Robert, 5^{ème} éd., 2001, PUF, p 285 et s. ; *Droit pénal général*, V. G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, 17^{ème} éd. 2000, Dalloz, n° 416 et s.

²⁵ *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, R. Garraud, t. 1, n°317.

²⁶ *Traité de droit pénal et de criminologie*, P. Bouzat, J. Pinatel, 2^{ème} éd. 1999, PUF, n°269 ; *Trouble psychique et neuropsychique*, M.- L. Rassat, JCP, art. 122-1 et 122-2, spéc. n°25.

²⁷ *Code pénal annoté*, 1^{ère} éd. 1901, E. Garçon

²⁸ Voir Crim. 11 mars 1958, Bull. crim., n°238

sous-entendait en effet la disparition de l'infraction. La substitution de la formule « *N'est pas pénalement responsable* » à cette dernière, lors de la réforme du code pénal, vient dès lors confirmer la volonté du législateur de voir dans le trouble mental, non pas un fait justificatif mais bien une cause de non imputabilité.

- **La mesure de la non imputabilité : le discernement, le libre arbitre.** Il apparaît à présent clairement que l'imputabilité est un préalable nécessaire à la responsabilité. Il convient de déterminer avec une précision nécessaire à la règle de droit quelles peuvent être les causes de non imputabilité. L'imputabilité connaît une double mesure : en termes de discernement et termes de libre arbitre.

Le **libre arbitre** est défini par le Robert comme « la faculté de se déterminer sans autre cause que la volonté elle-même ». Il renvoie à la capacité de l'Homme à se conduire de façon libre. Il s'agit de la première donnée de l'imputabilité qui concerne plus particulièrement la liberté nécessaire à la responsabilité. Le code pénal y réfère dans l'article 122-2 relatif à la contrainte, expression de la force majeure en droit pénal. Ainsi l'article 122-2 dispose que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui a agit sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister* ».

La maladie mentale correspond quant à elle à la seconde variable de l'imputabilité, le **discernement** auquel s'ajoute le contrôle des actes. Ainsi, l'article 122-1 du code pénal fait référence à l'abolition du discernement ou du contrôle des actes et à l'altération du discernement ou l'entrave au contrôle des actes.

Le discernement renvoie à la notion de conscience. Le Robert le définit comme « *la disposition de l'esprit à juger clairement et sainement des choses* », la conscience renvoyant quant à elle à « *la faculté qu'a l'Homme de connaître sa propre réalité et de juger cette connaissance* ». La notion de discernement est intimement liée à celle de contrôle des actes et l'englobe souvent dans le langage courant. Ces deux notions ne connaissent ni de définition juridique ni de définition médicale. En se référant aux recommandations de la Haute Autorité de Santé²⁹, il semble que l'absence de discernement fasse référence aux troubles du jugement et de la compréhension, là où le contrôle des actes viserait une

²⁹ Expertise psychique pénale ss la dir. J.-L. Senon, J.-C. Pascal et G. Rossinelli : J. Libbey Eurotext, Fédération française de psychiatrie, 2007.

perturbation notable de la capacité à vouloir. Capacité à comprendre ou à vouloir, les deux renvoient à un défaut ou une défaillance de la conscience comme moteur du jugement ou de l'action. Pour cette raison, il est souvent fait allusion au discernement de façon générale comme intégrant alors le contrôle des actes. Nous emploierons d'ailleurs généralement le seul terme discernement.

La responsabilité pénale est donc toute entière subordonnée à l'exigence d'imputabilité et notamment de discernement. Faute d'un discernement suffisant ou d'un contrôle des actes présent, il n'est donc point de responsabilité pénale.

§2. Le défaut de discernement, cause subjective d'irresponsabilité pénale.

La maladie mentale n'est pas le seul cas d'irresponsabilité lié à un défaut de discernement (A). De façon générale, le défaut de discernement est une cause subjective d'irresponsabilité (B).

A. Un principe non spécifique aux malades mentaux.

La référence à la maladie mentale comme cause d'irresponsabilité pénale résulte de l'article 122-1 du code pénal qui vise précisément les troubles psychiques ou neuropsychiques ayant, au moment des faits, soit aboli le discernement ou le contrôle de actes, soit altéré le discernement ou entravé le contrôle des actes. Cette irresponsabilité est cohérente avec les postulats énoncés ci avant : la référence à l'Homme comme sujet du droit pénal et l'absence de responsabilité en cas de défaut de discernement.

Ces principes ne sont pas spécifiques à la maladie mentale. Deux exemples permettent de les confirmer en dehors de la santé mentale : les animaux et choses inanimées (1) et les mineurs (2).

1. L'irresponsabilité pénale des animaux et des choses inanimées.

La pensée archaïque reposait sur la représentation d'un monde, ensemble homogène, dans lequel tout élément possède une vie et est porteur de sens. Ainsi chacun de ces éléments fait l'objet d'une présomption de responsabilité.

Ces sociétés, basées sur un système de responsabilité objective admettaient la responsabilité des animaux, cadavres ou choses inanimées. Au Moyen Age par exemple, ou encore sous l'Ancien Régime, pouvaient être intentés des procès aux animaux ou aux cadavres. Les procès publics faits aux animaux notamment étaient fondés sur la recherche de l'exemple. Ainsi Saint Augustin expliquait que « *selon l'autorité sacrée de la Loi, on doit mettre à mort les animaux ; mais ce n'est pas parce qu'ils ont eu conscience du péché, c'est seulement parce qu'ils perpétuent le souvenir du méfait* »³⁰. Chaque être vivant qui a provoqué la mort doit trouver la mort à son tour à titre d'exemple. Quant aux animaux utilisés pour des actes contre nature, qui sont brûlés avec le coupable, leur sanction est un acte de purification visant à effacer le souvenir de l'acte.³¹

Déjà, sous l'Ancien Régime et bien avant l'avènement de l'humanisme philosophique, des voix s'élevaient contre cette acception de la responsabilité fondée uniquement sur le dommage social. Ainsi Beaumanoir disait que c'était « justice perdue » que de juger les bêtes qui n'ont « point d'entendement ». Camerarius³² quant à lui, considérait que « les pleins pouvoirs de la justice ne s'exercent et ne se déploient que sur un corps animé et raisonnable, parce que la bête privée de raison ne peut commettre un délit, attendu qu'elle n'a point l'intention de le faire. A proprement parler, il n'y a point de délit sans intention et sans volonté de le commettre ». Ce dernier propos opère certes, une confusion entre défaut d'intention et défaut de conscience, l'impossible responsabilité des animaux résidant non pas dans un défaut d'intention, mais comme nous l'avons souligné, dans un défaut d'imputabilité faute de conscience suffisante. Toutefois, il constitue, comme le premier, un discours précurseur visant à exclure l'animal mais aussi par analogie la chose ou le cadavre du champ de la responsabilité pénale.

³⁰ Commentaire sur le verset biblique qui prescrit de mettre à mort le taureau homicide, Saint Augustin.

³¹ *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, J.- M. Carbasse, PUF, 2^{ème} éd., 2006.

³² *Les Méditations historiques*, Ph. Camerarius, 1599, cité in *Des animaux et des hommes*, L. Ferry, C. Germé, Le livre de poche, p. 330-331.

2. L'irresponsabilité des mineurs faute de discernement.

La minorité est naturellement liée à un défaut de maturité qui sous-tend une défaillance voire une absence de discernement. Parce que la minorité ne recouvre pas une réalité uniforme les conséquences juridiques sont variables allant de l'irresponsabilité à une comptabilité avec la responsabilité pénale³³.

Le code pénal de 1810 avait subordonné la responsabilité du mineur à la preuve de son discernement. En l'absence de discernement, une décision de relaxe ou d'acquittement devait être prise avec la possibilité néanmoins, à titre de mesure de sûreté, de prononcer un placement en maison de correction. En cas de discernement, la responsabilité du mineur, sans distinction d'âge pouvait être engagée avec le bénéfice cependant d'une cause légale d'atténuation.

La loi du 22 juillet 1912³⁴ a, pour la première fois, établi un seuil d'âge au sein de la minorité. La question du discernement est supprimée pour le mineur de moins de treize qui est pénalement irresponsable quel que soit son degré de discernement. La responsabilité pénale du mineur est donc soumise à une double condition, d'âge et de discernement.

Plus tard, l'ordonnance du 2 février 1945³⁵ modifiera à nouveau le régime de responsabilité des mineurs mais sans établir clairement si le mineur est ou non responsable pénalement. C'est avec la loi du 9 septembre 2002³⁶ que le législateur est venu la préciser. L'article 122-8 du code pénal dispose que « *Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont-ils ont été reconnus coupables dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet* ». Sans modifier l'ordonnance de 1945, la loi de 2002, en a néanmoins précisé la portée. Est affirmée une responsabilité pénale sans référence à un quelconque seuil d'âge. La distinction se fait en référence exclusive au discernement. Le mineur, même de moins de treize ans peut voir sa responsabilité engagée. Par cette loi, le législateur a voulu dissocier la responsabilité pénale

³³ Propose inspirés de *L'intention*, Cours du Professeur Y. Mayaud, Master 2 Recherche Droit pénal et science pénales, Université Assas Paris II, 2009-2010.

³⁴ Loi du 22 juil. 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée.

³⁵ Ordonnance n° 45-174 du 2 fév. 1945 relative à l'enfance délinquante.

³⁶ Loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (dite « Loi Perben I »), (JO, 10 sept.).

du prononcé d'une peine classique. Ainsi les mineurs peuvent voir leur responsabilité engagée sur un plan pénal sans que pour autant une peine privative de liberté ne soit prononcée. La responsabilité pénale peut parfaitement s'associer à des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation.

En 2002, le législateur a donc affirmé solennellement que tous les mineurs pouvaient être responsables mais leur responsabilité est alors subordonnée à la preuve d'une conscience suffisante. Ce régime de responsabilité est sensiblement similaire à celui valant pour les malades mentaux. Le mineur, tout comme le majeur, est en principe responsable. L'absence de discernement empêche toutefois de retenir leur responsabilité. Néanmoins, si l'esprit et la substance du régime sont les mêmes, les modalités divergent. En effet, le mineur bénéficie d'une présomption d'absence de discernement. Sur le plan de la charge de la preuve c'est donc à la partie poursuivante de prouver que ce dernier a agi avec discernement. A l'inverse, les majeurs font l'objet d'une présomption de discernement. La partie poursuivante n'a donc pas à démontrer le discernement du majeur au moment de l'acte. Les juges font en réalité peser la charge de la preuve sur le ministère public qui doit établir l'existence des différents éléments de l'infraction pénale et l'absence de causes permettant d'exclure sa responsabilité.

En outre, la différence entre mineurs et majeurs malades mentaux risque à l'avenir de s'atténuer. En effet, le 3 décembre 2008³⁷, a été remis le rapport de la Commission de proposition de réforme de l'ordonnance de 1945, mise en place le 14 avril 2008. Tout d'abord, la responsabilité pénale reste subordonnée au discernement. Toutefois, ce rapport propose de rétablir un seuil d'âge de minorité pénale par lequel le mineur de moins de treize est exclu de la sphère pénale sans référence au discernement. La référence au discernement n'est donc plus, à nouveau, la seule mesure de la responsabilité pénale ce qui est regrettable. Par ailleurs, le discernement serait présumé pour les mineurs de plus de douze ans. La partie poursuivante n'a donc plus à établir que le mineur de plus de douze ans a agi avec discernement. Cette dernière proposition illustre la philosophie nouvelle de la responsabilité pénale des mineurs qui rapproche encore, et notamment sur le terrain procédural, les régimes applicables aux mineurs et aux majeurs.

³⁷ Rapport *Entre modification raisonnable et innovation fondamentale : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs*, 3 décembre 2008.

B. L'irresponsabilité pénale des malades mentaux.

Le malade mental n'est pas seulement non punissable, il est irresponsable (1) ce qui est d'ailleurs le cas dans la majorité des pays européens (2). Le défaut de discernement est par ailleurs une cause subjective d'irresponsabilité (3).

1. La non responsabilité préférée à la non punissabilité.

Les développements précédents suffisent à démontrer que le défaut de discernement est une cause d'irresponsabilité, et pas seulement une cause de non punissabilité.

Pourtant, lors de la réforme du code pénal la formule « *N'est pas punissable...* » a été envisagée. Ainsi l'avant projet de réforme du code pénal de 1978 prévoyait dans son article 40 que « *N'est pas punissable celui qui était atteint, au moment de l'infraction, d'un trouble psychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ». L'article 31 de l'avant projet de réforme de 1983 utilisait la même formule. C'est aussi dans ces termes que fut déposé le projet de loi du Gouvernement portant réforme du Code pénal en 1988. Cette formulation constituait déjà une amélioration certaine par rapport à l'ancienne (« *Il n'y a ni crime ni délit* ») en ce qu'elle n'occultait plus la réalité des faits.

Toutefois, en ne visant que l'absence de punition et non l'irresponsabilité, le texte aurait mis le juge d'instruction dans l'impossibilité de prononcer un non lieu, la juridiction de jugement devant alors déclarer le prévenu responsable en lui accordant toutefois une dispense de peine. Si concrètement la solution est la même qu'en cas d'irresponsabilité puisqu'aucune peine n'est prononcée, toute la philosophie de la responsabilité pénale aurait été perturbée.

Les débats parlementaires ont finalement abouti à une nouvelle modification du projet de loi lors de la première lecture en Assemblée Nationale en 1989. L'amendement Toubon a substitué à l'expression « *N'est pas punissable* », la formule plus exacte « *N'est pas pénalement responsable* ». La personne atteinte d'un trouble mental n'est donc pas seulement non punissable, elle est pénalement irresponsable.

2. Une solution uniforme en Europe.

Dans son rapport sur l'irresponsabilité pénale des malades mentaux de février 2004³⁸, le Sénat a proposé un examen des dispositions de sept pays européens en la matière : l'Allemagne, l'Angleterre et le pays de Galles, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas et la Suède. De cette analyse, il ressort qu'à l'exception de la Suède, tous les pays étudiés font des troubles mentaux une cause d'irresponsabilité pénale.

La Suède a, depuis 1962, supprimé de sa législation la disposition relative à l'irresponsabilité pénale des personnes atteintes d'un trouble mental. La maladie mentale constitue aujourd'hui une circonstance atténuante permettant de prononcer une peine moindre, voire nulle en cas de « *trouble mental, émotion ou toute autre cause ayant réduit la capacité de contrôler la conduite* ». Néanmoins, le malade mental reste pénalement responsable. Cette législation est aujourd'hui sujette à de nombreuses critiques en ce qu'elle permettrait à certains délinquants d'être acquittés. En 1999, le gouvernement a chargé une commission de réflexion sur le sujet, qui a rendu son rapport en 2002 dans lequel elle préconisait de réintroduire le principe de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux. Cette proposition est toujours à l'étude.

Excepté la Suède, tous les pays cités voient dans le trouble mental une cause d'irresponsabilité pénale. Une nuance doit toute de même être apportée. En effet, si l'Allemagne, le Danemark, l'Espagne, l'Italie et les Pays-Bas voient bien dans le trouble mental une cause d'irresponsabilité au sens strict, en revanche, l'Angleterre et le Pays de Galles considèrent plus exactement que le trouble mental peut constituer un moyen de défense empêchant la mise en œuvre de la responsabilité pénale. Il s'agit donc pour ce dernier cas d'une irresponsabilité de fait, rendue possible par un obstacle procédural.

Il est donc notable que dans la plupart des pays occidentaux, du moins européens, la maladie mentale est bien une cause d'irresponsabilité ce qui illustre une certaine harmonisation des réponses pénales en la matière.

³⁸ Rapport du Sénat sur *l'irresponsabilité pénale des malades mentaux*, Série législation comparée, Fév. 2004.

3. Une irresponsabilité subjective.

La maladie mentale, est une cause subjective d'irresponsabilité. A la différence des causes objective de responsabilité que sont les faits justificatifs et qui font disparaître le caractère délictueux du fait, les causes subjectives de responsabilité s'attachent à la personne de l'auteur de l'infraction. « Alors que l'irresponsabilité objective agit sur le délit, pour en effacer rétroactivement la réalité, ou en neutraliser la caractère répréhensible au temps de la réalisation, des considérations très différentes rendent compte de l'irresponsabilité subjective, qui trouve au contraire ses fondements dans ce qui est relatif à l'agent lui même »³⁹.

Ce constat emporte plusieurs conséquences. Tout d'abord, nous l'avons souligné, l'irresponsabilité du malade n'a aucune incidence sur la responsabilité de ses complices ou co-auteurs sains d'esprit.

Par ailleurs, si le trouble mental neutralise la responsabilité pénale, la responsabilité civile demeure. Avant 1968 le droit civil considérait que l'absence de libre arbitre et de conscience était un obstacle à la constitution d'une faute civile à l'image de la solution du droit pénal. Cette identité des solutions relevait du même esprit que la théorie unitaire des fautes civiles et pénales qui était appliquée alors et ce, depuis un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 18 décembre 1912. Selon cette théorie, l'absence de faute au pénal privait la victime d'une indemnisation fondée sur la reconnaissance d'une faute civile. La théorie unitaire des fautes civiles et pénale n'est plus depuis la loi du 10 juillet 2000 depuis laquelle, là où une faute pénale n'est pas, une faute civile peut exister. C'est bien avant, par une loi du 15 janvier 1968, qu'il a été décidé que l'irresponsabilité pénale du malade mental ne valait plus au civil. Selon l'article 489-2 du Code civil, « *celui qui a causé un dommage à autrui, alors qu'il était sous l'emprise d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation* ». Depuis, les victimes peuvent donc être indemnisées sur le plan civil pour les dommages subis, même si la responsabilité pénale de l'agent atteint du trouble et auteur de l'infraction, ne peut être retenue.

³⁹ *Droit pénal général*, Y. Mayaud, *op. cit.*, p. 485

Le délinquant atteint de trouble mental est donc pénalement irresponsable en raison d'un défaut d'imputabilité, cause subjective d'irresponsabilité. Ce principe étant posé, il est désormais nécessaire de déterminer quelle est la portée du trouble mental en matière d'irresponsabilité. Il importe en effet de dépasser le principe posé et de déterminer avec précision dans quelle mesure le discernement troublé neutralise la responsabilité pénale.

Section 2. La détermination du seuil du discernement troublé.

L'article 122-1 du Code pénal fait référence au « *trouble psychique ou neuropsychique* ». La référence à cette notion technique implique l'intervention de l'expert avec lequel le juge devra collaborer (§1) afin d'apprécier la condition du trouble psychique ou neuropsychique existant au moment des faits (§2).

§1. La collaboration entre le juge et l'expert.

Une phrase de Gambetta prononcée en 1870 à propos de la loi de 1838⁴⁰ est une illustration intéressante de la complexité de la matière. Gambetta se demandait « *Et d'abord d'où viennent les vices de la loi ?* »⁴¹. A cela il répondit : « *L'explication est bien simple. C'est qu'une partie a été conçue ou dictée par des médecins, hommes spéciaux qui n'entendaient rien à l'art de faire les lois, l'autre appartient toute entière à des législateurs qui ne savait pas le premier mot de la médecine [...]* ».⁴² Par ces mots, Gambetta a cherché à expliquer certaines des incohérences de la loi de 1838, fruit de la collaboration nécessaire mais difficile entre deux disciplines éloignées, le droit et la psychiatrie. L'article 122-1 du Code pénal, quant à lui, est l'œuvre du seul législateur. Néanmoins comme cela a été souligné, le législateur a parfois dû prendre en compte la dimension médicale de la matière. On peut penser notamment à la substitution du terme « *trouble psychique ou neuropsychique* » à celui de « *démence* » dans un souci d'exactitude par rapport aux notions psychiatriques. Par ailleurs, la nécessaire prise en compte des connaissances psychiatriques apparaît aussi à un autre niveau. En effet, c'est lors du procès, au moment d'établir la « vérité » recherchée, que le juge doit recourir à la vérité psychiatrique en recourant au spécialiste, le psychiatre.

A. Une collaboration nécessaire.

Si le juge est le seul a pouvoir juger en droit, il a besoin de l'expert psychiatre, juge de

⁴⁰ Loi du 30 juin 1838 relative à l'internement des aliénés.

⁴¹ Cette citation s'applique en l'occurrence à la loi de 1838 mais permet d'expliquer par extension quelle est particularité de cette matière qui nous intéresse, partagée entre le droit et la médecine.

⁴² Cité dans *Du droit du malade mental aux droits des malades mentaux*, P. Couvrat.

l'esprit, seul à même d'apprécier l'état mental de l'auteur des faits au moment de la réalisation de l'infraction.

- **Une collaboration exigée par la difficulté de l'analyse.** Les maladies mentales restent avant tout des énigmes. Nous avons observé combien il était difficile de déterminer quels troubles étaient susceptibles de rendre la personne non imputable. Les différentes classifications permettent certes d'avoir une approche plus normée mais aucune classe n'a de frontières fixes tant les cas peuvent être variés. La détermination de l'effet du trouble sur le discernement ou le contrôle des actes est susceptible aussi de poser de nombreuses difficultés. Comment déterminer avec certitude l'état du discernement, d'autant plus qu'il est exigé de se placer au moment des faits, donc avant l'observation? Toutes ces difficultés rendent nécessaires l'intervention du psychiatre dans le procès pénal.

- **Une collaboration vérifiée dans les faits.** Le trouble psychique ou neuropsychique peut être prouvé par tout moyen et ne passe pas obligatoirement par une expertise psychiatrique. Néanmoins, la doctrine, consciente de l'ignorance du droit en la matière, a toujours encouragé les juges à y recourir. Ainsi par exemple, E. Garçon⁴³, affirmait, au sujet de l'article 64 du Code pénal de 1810 que « *la question de savoir si cette aliénation mentale existe ne relève pas du droit; elle ne relève que de la psychiatrie* ». L'expertise psychiatrique est d'ailleurs le mode de preuve le plus fréquemment utilisé. C'est généralement le juge d'instruction qui, fort de la possibilité donnée par l'article 159 du Code de procédure pénale et dans le cadre de l'information ouverte, désigne un expert.

- **Une collaboration parfois imposée.** Le recours à l'expertise relève en principe de la faculté pour le juge qui décide en opportunité. Toutefois, il est des situations où il est apparu nécessaire de l'imposer :

- Ainsi, par exemple, selon l'article 131-36-4 du Code pénal, l'expertise est obligatoire lorsqu'est envisagée une injonction de soin, la personne concernée devant être « accessible » au soin.

- Le placement sous surveillance électronique prononcé dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, rend aussi l'expertise obligatoire au sens de l'article 131-36-10 du Code pénal. Ce type de placement ne peut être prononcé que contre une personne « *dont une expertise médicale a constaté la dangerosité* ».

- L'obligation de recourir à l'expertise est, aussi et enfin, associée à la contre

⁴³ Code pénal annoté, 1^{ère} éd., 1901.

expertise. Tout comme elle a le droit de demander une expertise, la partie peut demander une contre-expertise. Ce droit est prévu par l'article 167-1 du Code de procédure pénal qui dispose que « *La contre-expertise demandée par la partie civile est de droit. Elle doit être accomplie par au moins deux experts.* » Le juge ne peut donc la refuser. Ces dispositions contribuent à l'élaboration d'un véritable droit de l'expertise au même titre, d'ailleurs, que l'existence d'un droit à la communication de l'expertise. La loi du 15 juin 2000⁴⁴ a amélioré le dispositif de communication prévu à l'article 167 du Code de procédure pénale, en prévoyant que l'intégralité du rapport, et non plus seulement ses conclusions, serait transmise aux parties.

B. Une collaboration difficile.

- **Une collaboration en principe discrétionnaire.** Hormis les cas cités, le recours à l'expertise relève de la faculté pour le juge. Selon les termes de l'article 156 du Code de procédure pénale, « *Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise* ». Même dans le cas d'une expertise demandée par les parties, le juge peut ne pas y faire droit à condition toutefois de « *rendre une ordonnance motivée au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande* ».

La liberté du juge dans le recours à l'expertise trouve son corollaire dans la liberté du choix de l'expert. Ce dernier doit toutefois figurer dans « *la liste nationale dressée par la Cour de cassation ou sur une des listes dressées par les cours d'appel dans les conditions prévues par la loi n°71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires* ». Ce n'est qu'à titre exceptionnel et par une décision motivée, que les juridictions peuvent choisir un expert ne figurant pas sur la liste.

Cette liberté est parfois critiquée en ce qu'elle impliquerait une désignation parfois partielle de la part du juge qui choisirait tel ou tel expert selon sa réputation à déclarer plus ou moins facilement l'abolition ou l'altération du discernement ou du contrôle des actes.

Enfin, la liberté du juge se retrouve dans le fait qu'en aucun cas, le rapport

⁴⁴ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, (JO, 16 juin, D. 2000.253).

d'expertise ne lie sa décision⁴⁵. Le principe est celui de l'intime conviction posé à l'article 427 du code de procédure pénale. Dans les faits toutefois, il ressort que les juges suivent en général l'avis donné par l'expert. Mais pour certains auteurs comme A. Decocq⁴⁶ cette liberté du juge est contradictoire avec la justification même du recours à l'expertise c'est-à-dire l'incompétence du juge en la matière. Il propose de limiter le pouvoir d'appréciation du juge aux cas où le rapport d'expertise conclut à une incertitude quant au degré de responsabilité de la personne.

- **Une collaboration parfois conflictuelle.** Le conflit trouve tout d'abord une illustration dans les différences inhérentes existant entre le droit et la psychiatrie. En termes d'objectifs tout d'abord il apparaît que là où la psychiatrie a pour fonction première le traitement du malade, le droit pénal, sans occulter la « nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné » (art. 132-24 du code pénal), a comme priorité la protection de la société et la sanction de ce même condamné. Par ailleurs, les deux matières n'ont pas le même objet d'étude. La psychiatrie s'intéresse à une normalité psychique, centrée sur l'individu, alors que le droit se situe par rapport à une normalité sociale vis-à-vis d'un système de valeurs préalablement posé. Enfin, la logique du judiciaire est elle aussi différente de celle de la psychiatrie. En effet la justice pénale ne peut se contenter d'une réponse mitigée et doit donner une réponse précise peu encline à la nuance. Le mis en cause doit pouvoir être déclaré imputable ou non, responsable ou non. La psychiatrie quant à elle ne peut pas toujours fournir des réponses aussi tranchées.

- **Les outils d'une collaboration pacifiée.** L'amélioration de la collaboration entre les juges et les psychiatres passe notamment par un encadrement de la mission de l'expert. Il est notamment posé par les articles 156 et suivants du code de procédure pénale. La mission confiée à l'expert est, par ailleurs, précisée par la détermination des questions qui lui sont posées. La circulaire Chaumié du 12 décembre 1905 prévoyait que l'expert devait « *dire si l'inculpé était en état de démence au moment de l'acte au sens de l'article 64 du code pénal et dire si l'examen psychiatrique et biologique ne relève point chez lui d'anomalies mentales ou psychiques de nature à atténuer, dans une certaine mesure, sa responsabilité* ».

Aujourd'hui, l'article C. 345 de l'Instruction générale d'application du code de procédure pénale prévoit que l'expert doit répondre à cinq questions :

⁴⁵ Voir Crim. 8 juin 1955, Bull. crim. n° 286.

⁴⁶ *Droit pénal général*, A. Decocq, 1971, A. Colin, p. 338.

- l'examen de la personne révèle-t-il chez elle des anomalies mentales ou psychiques ? Le cas échéant, les décrire et préciser à quelles affections elles se rattachent.

- l'infraction reprochée à la personne est-elle ou non en relation avec de telles anomalies?

- la personne présente-t-elle un état dangereux?

- la personne est-elle accessible à une sanction pénale?

- la personne est-elle curable?

Le juge conserve la possibilité de poser d'autres questions à l'expert comme par exemple celle de savoir si le trouble existait bien au moment des faits, ou directement si le discernement ou le contrôle des actes étaient abolis, altérés ou entravés... L'encadrement préalable des relations entre le juge et le psychiatre est un moyen, certes limité mais tout de même efficace, de faciliter la coopération entre les deux en définissant, à l'avance, les règles du jeu afin d'établir si les conditions de l'article 122-2 du code pénal sont remplies.

§2. La nature du trouble.

L'article 122-1 du code pénal exige l'existence d'un « *trouble psychique ou neuropsychique* ». Cette notion, plus précise que l'ancienne « démence », ne pose pourtant pas moins de difficultés d'interprétation (A). Il convient donc de déterminer avec précision à quels états psychiques et neuropsychiques particuliers cette expression fait référence (B). Le trouble doit enfin exister au moment des faits (C).

A. La condition du trouble psychique ou neuropsychique.

- **La démence du code pénal de 1810.** Dans son article 64, le code pénal disposait qu'il n'y a « *ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action* ». Le terme « démence » était techniquement inexact. En effet, la démence en psychiatrie correspond à un état pathologique bien précis relevant, selon le Robert de la « *déchéance progressive et irréversible des activités psychiques, mentales, due à des causes*

neurologiques ».

Il était donc communément admis que le terme était employé dans l'article 64 dans un sens plus large, non scientifique, et visait plus généralement l'ensemble des maladies mentales pouvant abolir la capacité de comprendre et de vouloir ou le contrôle des actes. Elle devait donc être entendue « *comme synonyme d'aliénation mentale dans son acception la plus large* »⁴⁷.

- Notion de trouble psychique ou neuropsychique. Distinctions terminologiques.

Dès l'avant projet de réforme du code pénal de 1978, l'article visait un « *trouble psychique* ». La formule a ensuite été enrichie par l'avant projet de code pénal de 1983 qui a ajouté le trouble neuropsychique. La formule « *trouble psychique ou neuropsychique* » a été ensuite conservée jusqu'à la réforme du 22 juillet 1992⁴⁸ qui a inséré l'article 122-1 dans le code pénal. Le « *trouble psychique ou neuropsychique* » ne fait l'objet d'aucune définition par le code pénal qui se contente de l'employer. La notion de « *trouble psychique ou neuropsychique* » semble traduire la volonté du législateur en 1992 de prendre en compte l'évolution de la science. Mais selon la circulaire du 14 mai 1993 « *cette disposition n'apporte aucune modification (autre que terminologique) au droit positif* » et vise toutes les formes de maladie mentale abolissant ou altérant le jugement et le contrôle des actes, quelles qu'en soient l'origine (innée ou acquise) ou les manifestations (permanente ou non). La jurisprudence comme la doctrine s'accordent à penser que la notion de « *trouble psychique ou neuropsychique* » inclut non seulement les maladies mentales au sens strict, mais aussi d'autres causes d'abolition ou d'altération du discernement.

Une autre expression est souvent employée, celle **d'aliénation mentale**. Elle désigne la maladie mentale qui consiste en une déchéance progressive et irréversible de la vie psychique. Selon le Robert il s'agit d'un « *dérèglement permanent ou passager des facultés intellectuelle ; désordre mental qui met le sujet dans l'impossibilité de mener une vie sociale normale* ». Elle se rapproche de la « *démence* » de l'article 64 du code pénal de 1810. Le terme « *aliéné* » était autrefois utilisé en matière de santé publique par la loi du 30 juin

⁴⁷ *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, G. Vidal, J. Magnol, 9^{ème} éd., 1949, p. 308.

⁴⁸ Loi n° 92-683 du 22 juil. 1992, portant réforme des dispositions générales du code pénal (JO, 23 juil.)

1838⁴⁹. Il a toutefois disparu avec la loi du 27 juin 1990⁵⁰ et n'est plus employé de façon générale en droit français comme c'est le cas de l'expression « fous et furieux » autrefois employée dans le code pénal.⁵¹

Une autre notion proche est celle de « **maladie mentale** » que nous avons d'ailleurs utilisée dans les développements précédents. Elle est tout aussi difficile à définir. C. Devaux, pédopsychiatre, a essayé de dresser une liste non exhaustive des différentes définitions données à la « maladie mentale »⁵². Il cite notamment celle de P. Vidal-Naquet qui la définit comme « l'altération de la construction du psychisme [...] identifiable au travers d'un examen clinique qui rassemble un ensemble de symptômes ». Selon C. Devaux toujours, d'autres la définissent encore en opposition à la santé mentale caractéristique de l'individu « bien inséré dans sa famille et dans la société [jouissant] d'un équilibre mental satisfaisant lui permettant de résoudre ses conflits et de résister aux diverses frustrations inévitables ». Elle correspond donc peu ou prou à l'ancienne aliénation mentale.

Mais, la plupart des textes internationaux notamment ceux de l'Organisation mondiale de la Santé⁵³ préfèrent à la notion de maladie mentale celle de **trouble mental** censée être plus simple mais aussi plus large. Selon l'OMS, le retard mental, les troubles de la personnalité ou encore la toxicomanie relèveraient du trouble mental sans pour autant constituer des maladies mentales.

Le législateur français lui-même renvoie parfois au « *trouble mental* ». Ainsi le code de procédure pénal, soit se contente de renvoyer à l'article 122-1 du code pénal, soit fait référence au trouble mental. Par exemple l'article 720-1-1 du dit code introduit en 2002⁵⁴ prévoit que la suspension de peine pouvant être prononcée pour les détenus atteints d'une pathologie engageant leur pronostic vital ou dont l'état de santé est durablement compromis par le maintien en détention est exclue pour les personnes détenues et hospitalisées en établissement de santé pour « *troubles mentaux* ». Une telle différence peut

⁴⁹ Loi du 30 juin 1838 relative à l'internement des aliénés

⁵⁰ Loi n°90-527 du 27 juin 1990 (D. 1990.281); voir art. L. 3211-1 et s. du C. San. Pub.

⁵¹ Voir l'ancien art. R. 30, 7° du C. pén. par exemple.

⁵² *Définition de la maladie mentale et du handicap*. C. Devaux, Intervention orale, CHU Point à Pitre.

⁵³ *Ouvrage de référence sur la santé mentale, les droits de l'Homme et la législation - Non à l'exclusion, oui aux soins*, OMS, Genève, 2005.

⁵⁴ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JO, 5 mars, D. 2002.1022).

trouver une explication dans la possible volonté de distinguer selon l'autorité en charge de la personne : le « *trouble psychique ou neuropsychique* » renverrait aux personnes subissant une peine au sein d'un établissement pénitentiaire alors que le « *trouble mental* » serait spécifique aux personnes détenues dans un établissement de santé en raison de la gravité de leur état. Cette explication semble plausible mais ne paraît pas résister à celle plus probable du choix par le législateur de la commodité de langage, le terme trouble mental étant plus « commun », moins technique que l'expression « *trouble psychique ou neuropsychique* ». Ce choix de la facilité en 2002, regrettable seulement quelques années après un effort de précision, semble se confirmer avec la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental⁵⁵ qui instaure aux articles 706-119 et suivants du Code de procédure pénale ladite déclaration en utilisant le terme « *trouble mental* ». Il semble tout de même que l'expression « *trouble psychique ou neuropsychique* » soit un peu plus large en admettant d'autres facteurs possibles de perte de discernement tels que le somnambulisme. Néanmoins, « *trouble mental* » et « *trouble psychique ou neuropsychique* » sont utilisés indifféremment dans notre propos, par commodité de langage.

La multiplicité des termes illustre le fait que les sciences de l'esprit ne peuvent être des sciences exactes, les frontières entre les notions ne pouvant être totalement imperméables et fixes du fait de la diversité des cas possibles. D'ailleurs, il est frappant de constater à quel point les pays européens utilisent des expressions diverses.⁵⁶ Par exemple, l'Angleterre et le Pays de Galles vise « *l'aliénation mentale résultant d'une maladie mentale* », toute maladie susceptible d'affecter la capacité de raisonnement, la mémoire ou la compréhension peut être considérée comme une maladie mentale par le juge. Le droit pénal italien ne cite que la « *maladie* » alors que les Pays Bas font référence à « *une déficience psychique* » ou à « *l'altération des facultés dues à la maladie* »...

Plus que par une définition générique de la notion en terme de « *trouble psychique ou neuropsychique* », de « *maladie mentale* » ou encore de « *trouble mental* », il semble que l'éclaircissement doive passer par la détermination et la description des troubles pouvant

⁵⁵ Loi n° 2008-174 du 25 fév. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO, 26 fév.)

⁵⁶ Rapport du Sénat sur *l'irresponsabilité pénale des malades mentaux*, Série législation comparée, Fév. 2004.

altérer ou abolir le discernement.

B. La détermination des troubles psychiques ou neuropsychiques.

Nous avons souligné que la jurisprudence comme la doctrine s'accordaient à penser que la notion de « *trouble psychique ou neuropsychique* » incluait non seulement les maladies mentales mais aussi d'autres causes d'abolition ou d'altération du discernement.

- **Les maladies mentales.** Elles font l'objet de nombreuses classifications.

- Classification historique : Hippocrate a décrit pour la première fois une maladie mentale appelée la mélancolie. Le mot mélancolie vient du latin *melancholia* lui-même transcrit du grec *melankholia* composé de (*mélas*), « noir » et de (*khōlé*), « la bile ». Le mot signifie donc « bile noire ». Selon Hippocrate, le corps contient quatre humeurs qui chacune détermine notre tempérament. Ces quatre humeurs sont le sang, la lymphe, la bile jaune et la bile noire. Le tempérament est donc mélancolique pour la bile noire. Cette bile noire provoquait une tristesse qui était considérée comme étant spécifique aux génies. Au fil des siècles la liste des maladies mentales a évolué, ainsi que la conception relative à chacune d'entre elles. Pour reprendre l'exemple de la mélancolie, elle est aujourd'hui, réduite à un état dépressif et il n'est plus question de génie. Cette classification historique a évolué en même temps que le regard porté sur la « folie ». En passant de la folie furieuse, parfois démoniaque et souvent associée à la sorcellerie, à une approche médicale en termes de maladies, le 19^{ème} siècle empreint de plus de compassion, a commencé à classer et décrire plus scientifiquement les groupes de maladies.

- Classification française. P. Pinel⁵⁷ a été l'un des premiers à établir en France une classification de « l'aliénation mentale ». En utilisant la méthode analytique de Condillac, déjà utilisée par Hippocrate et basée sur l'observation, Pinel a proposé à une classification des différentes formes d'aliénation mentales suivant les lésions fondamentales de l'entendement et de la volonté. Plus généralement il va classer l'aliénation mentale en cinq

⁵⁷ *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, P. Pinel, 1800.

espèces : la mélancolie, la manie sans délire, la manie avec délire, la démence et l'idiotisme ou oblitération des facultés intellectuelles et affectives. Plus tard, Esquirol, son élève reprendra ce cadre en le subdivisant. Il distinguera par exemple la lypémanie et la monomanie selon que la mélancolie est triste pour la première ou gaie pour la seconde. Le 19^{ème} siècle, puis le 20^{ème} verront ainsi s'affiner les distinctions et s'enrichir la liste des maladies mentales. Même si plusieurs classifications se côtoient, il est de tradition en France de distinguer aujourd'hui les névroses, les psychoses et les troubles de l'humeur⁵⁸.

- Classification internationale. Afin d'établir un consensus international, l'Organisation Mondiale de la Santé, sous l'influence de la France, a élaboré une **classification internationale des maladies (CIM 10 ou ICD 10)** régulièrement révisée. Cette classification dont la version actuelle est la 10^{ème}, traite des maladies mentales ainsi que de l'ensemble des pathologies pouvant exister qu'elles soient psychiques ou non.
- Classification américaine. Cette dernière grande classification a été élaborée en 1952 par l'Association Américaine de Psychiatrie. Elle est plus connue sous le sigle **DSM** (Diseases Statistical Manuel) ou MDS (Manuel Diagnostic et Statistique). La version utilisée en France, le DSM IV, existe depuis 2000 mais la 5^{ème} version a été publiée aux Etats Unis. Ce manuel s'emploie à décrire de façon précise les différentes maladies mentales en les intégrant dans des catégories diagnostiques et ce, à partir de travaux statistiques desquels sont dégagés des groupes de personnes dont le profil mental se ressemble.

- **Les états voisins de la maladie mentale.** Ces états, généralement dénommés « états voisins de la démence » par la doctrine agissent sur le discernement ou le contrôle des actes sans pour autant correspondre à la définition de la maladie mentale. Le somnambulisme, l'épilepsie ou encore les états d'ivresse en font partie à côté de multiples autres hypothèses que nous nous contenterons de citer, telles que l'hypnose, la surditité ou les manies spécialisée telles que la kleptomanie.

- Le somnambulisme : Le somnambulisme correspond à un état d'inconscience durant le sommeil du sujet qui agit toutefois sous sa propre force. La conscience de ce dernier est nécessairement abolie. Il est donc généralement décidé que le somnambule ne peut être

⁵⁸ Voir Annexes 1 et 2.

considéré comme responsable de ses actes commis dans cet état. Toutefois, aucune jurisprudence n'est encore venue corroborer ou invalider cette position. Il semble aussi qu'une faute d'imprudence pourrait être retenue contre la personne, qui connaissant son somnambulisme, n'aurait pas pris les précautions nécessaires afin d'éviter la commission d'une infraction.

- L'épilepsie : « L'épilepsie se traduit, suivant les cas, par des crises violentes, avec perte de la conscience et du souvenir, ou par de simples troubles psychiques qui, sans signes extérieurs, n'en poussent pas moins le malade à la délinquance »⁵⁹. Lors d'une crise, il y a sans aucun doute absence de discernement et perte du contrôle des actes. En dehors, par contre, l'individu conserve toute ses facultés et capacités mentales et physiques. Il est de jurisprudence constante que l'épileptique est irresponsable pour les actes commis lors de la crise⁶⁰ ou juste avant une attaque imminente⁶¹. Toutefois, de façon sévère, les juges ont tendance à tenir compte d'une faute antérieure à la crise. En effet ils considèrent que la responsabilité doit rester lorsque l'individu aurait dû prévoir la période de crise. Ce qui est alors pris en compte par les juges est une faute antérieure consistant dans la non prévision par l'individu d'un potentiel accès d'épilepsie⁶².

- Les intoxications : L'intoxication peut trouver son origine dans l'alcool, les stupéfiants ou encore les médicaments. L'intoxication fait parfois l'objet d'un classement au sein des psychoses dans les confusions. La question de l'imputabilité de la personne en état d'ivresse au sens large, a toujours été posée et ce, depuis l'Ancien Droit qui avait fait le choix d'une responsabilité pénale avec néanmoins application d'une peine atténuée. Aujourd'hui, il serait logique que l'intoxication puisse être une cause d'irresponsabilité si elle abolit le discernement ou le contrôle des actes, ou simple cause d'atténuation de la peine en cas d'altération du discernement ou d'entrave du contrôle des actes. Toutefois, il ne saurait y avoir irresponsabilité pénale ou même application de l'alinéa 2 de l'article 122-1 du Code pénal lorsque l'ivresse constitue en elle-même une infraction pénale. C'est le cas par exemple de l'ivresse publique incriminée aux articles 4 et suivants du Code des délits de

⁵⁹ *Droit pénal général et criminologie*, P. Bouzat, J. Pinatel, 2^{ème} éd., Dalloz, 1970.

⁶⁰ Voir pour un homicide Cass. Req., 8 frimaire, an XIII, Dalloz jurais. gén., V° *Compétence* administrative, n° 87 - pour un meurtre Crim. 14 déc. 1982, Juris-Data, n° 003 110, Gaz. Pal. 1983.1, panor. 178.

⁶¹ Voir CA Orléans, 22 juin 1886, DP 1887.5.213.

⁶² Voir pour la condamnation d'un épileptique qui a commis l'imprudence de conduire une voiture alors qu'il connaissait son état et la survenance possible d'une crise au volant CA Paris, 27 mai 1970, RSC, 1971, p. 119, obs. G. Levasseur.

boissons, ou encore de la conduite en état d'ivresse prévue par les articles L. 234-1, L. 234-2, L. 234-9 et R. 234-2 et suivants du Code de la route. Par ailleurs, la doctrine majoritaire propose de distinguer trois situations : **1.** L'ivresse devrait, en premier lieu pouvoir être exonératoire lorsqu'elle est non intentionnelle c'est-à-dire non voulue. **2.** Par ailleurs, elle ne saurait agir sur la responsabilité, si l'agent l'a recherché afin de se donner du courage pour commettre l'infraction. **3.** La solution est identique dans le cas d'une personne qui commet une infraction après s'être enivrée sciemment et en connaissant les effets de l'alcool ou autres toxiques. Pour certains auteurs⁶³ cependant, le fait de retenir la responsabilité pénale d'une personne en état d'ivresse au moment des faits revient en fait à sanctionner un faute antérieure à la commission de l'infraction (la prise d'alcool, de drogue ou de médicaments) ce qui est contraire au principe général selon lequel les éléments de l'infraction doivent être appréciés au moment de sa commission. La jurisprudence de son côté, a adopté une position de pure casuistique depuis 1957⁶⁴. En général les juges du fond écartent l'ivresse comme cause de non imputabilité. Cette solution critiquable au regard des principes rappelés ci-dessus, est toutefois en adéquation avec la pénalisation croissante de l'ivresse. En outre, le législateur lui-même entérine la faute antérieure. Par exemple, la loi du 12 juin 2003⁶⁵ renforçant la lutte contre la violence routière a affirmé que les peines normalement prévues en matière d'homicide involontaire ou d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne seraient fortement aggravées en cas de conduite en état d'ivresse manifeste ou sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé ou enfin en cas d'usage de produits stupéfiants.

Ces états proches de la maladie mentale peuvent être invoqués afin de neutraliser ou d'atténuer la responsabilité des auteurs d'infractions. Souvent, néanmoins, une faute antérieure à l'infraction est prise en compte afin de retenir la responsabilité de la personne là où, par une interprétation stricte du principe général d'appréciation des éléments de l'infraction au moment de sa réalisation, seule l'absence d'imputabilité au moment des faits devrait compter. Le principe d'appréciation des éléments de l'infraction au moment des faits trouve par ailleurs un écho dans l'article 122-1 du Code pénal mais cette fois concernant le trouble lui-même et son existence « au moment des faits ».

⁶³ *Droit pénal général*, P. Conte, P. Maistre du Chambon, *op. cit.*, n° 356.

⁶⁴ Voir Crim. 5 fév. 1957, Bull. crim. n° 112 ; RSC 1958.93, obs. A. Legal.

⁶⁵ Loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière (JO, 13 juin.)

Le trouble doit de plus, soit abolir le discernement ou le contrôle des actes, soit altérer le discernement ou entraver le contrôle des actes.

C. Le moment du trouble.

Au sens de l'article 122-1 du Code pénal, le trouble n'est une cause d'irresponsabilité que dans le cas où il existe « *au moment des faits* ».

- « **Au moment des faits** ». La Cour rappelle fréquemment que c'est « *au moment des faits* » que doit s'apprécier l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique chez l'auteur de l'infraction⁶⁶. Cette condition posée par l'article 122-1 du Code pénal était déjà présente dans l'ancien article 64 du Code pénal de 1810 qui exigeait que la démence ait existé « *au temps de l'action* ». La disparition ou l'atténuation du trouble postérieur à la réalisation des faits n'a aucun effet sur l'irresponsabilité causée par le trouble au moment des faits. Enfin, la découverte postérieure à une condamnation définitive, d'un trouble ayant existé au temps de l'action, constitue un fait nouveau justifiant l'ouverture d'une procédure de révision.

- **Indifférence de principe au trouble antérieur aux faits**. L'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique antérieur à l'infraction ne suffit pas. En ce sens, la Cour a jugé que « *l'article 64 du Code pénal n'a pas à recevoir application s'il n'est pas établi que l'accusé n'avait pas, au moment de l'action, conscience de ses actes, et le fait qu'il ait été considéré comme faible d'esprit ou déséquilibré dans des circonstances antérieures ne suffit pas à supprimer sa responsabilité lors des actes incriminés* »⁶⁷.

Toutefois, l'indifférence du droit face au trouble antérieur est parfois atténuée par une certaine indulgence du juge à l'égard de l'individu. Sous l'empire de l'ancien article 64 cette indulgence prenait la forme de circonstances atténuantes jouant sur la peine. Aujourd'hui, la sanction pourra, selon les cas, être modulée en fonction d'un trouble passé qui peut laisser douter du fait que l'auteur de l'infraction était totalement sain d'esprit au moment des faits. Il en va de même pour les maladies épisodiques qui alternent intervalles

⁶⁶ Voir par ex. Crim. 7 oct. 1992, Bull. crim. n° 314, RSC 1993 p. 769 obs. Bouloc.

⁶⁷ Voir Crim. 27 mars 1924, Bull. crim n° 141.

de lucidité et de crises. Lorsque l'infraction a été commise lors d'une période de lucidité l'individu est pleinement responsable. Néanmoins, le juge intègre en général le fait que la lucidité existe dans un cadre plus général troublé, et peut modérer la sanction. Cette indulgence n'a toutefois rien d'automatique ou de normatif et relève du pouvoir d'appréciation des juges.

- **Indifférence substantielle au trouble postérieur.** Le trouble postérieur n'a pas de conséquences sur le fond, c'est-à-dire sur la responsabilité. Il peut néanmoins, faire l'objet de la même indulgence que pour le trouble antérieur. Il a même été jugé qu'il pouvait constituer le fait nouveau mettant en doute la lucidité du sujet au moment des faits et permettant l'ouverture d'une procédure de révision⁶⁸.

Par ailleurs, le trouble postérieur, s'il est en principe indifférent au fond, ne l'est pas quant à la procédure.

- Trouble et instruction. Le juge doit apprécier si la personne poursuivie est en état de se défendre, cette capacité étant présumée⁶⁹. S'il apparaît qu'elle n'est pas apte à assurer sa défense, le juge d'instruction ne peut pas l'interroger ou la confronter avec une autre personne⁷⁰. Il ne peut pas plus la mettre en examen, le respect du principe des droits de la défense impliquant que la personne mise examen puisse se défendre de façon efficace lors de l'interrogatoire de première comparution.

Cependant, il est des cas où la procédure n'est pas suspendue. C'est tout d'abord le cas lors d'intervalles de lucidité, si toutefois, il a pu au préalable préparer sa défense. Par ailleurs, seuls les actes impliquant personnellement la personne poursuivie, sont concernés. Les actes ne mettant pas directement en cause l'individu tels que les perquisitions ou l'audition de témoins ne sont, quant à eux, pas suspendus et peuvent être réalisés normalement.

- Trouble et jugement. La procédure de jugement relève du principe du contradictoire et des droits de la défense. Selon une jurisprudence constante⁷¹ et dans la même idée que celle relative à l'instruction, la personne atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique ne saurait donc être jugée. Il en va de même lorsqu'après une décision de condamnation au fond, la personne est atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique la mettant dans

⁶⁸ Voir Crim. 14 déc. 1939, Gaz. Pal. 1940.1.180.

⁶⁹ Voir Crim. 31 jan. 1920, Bull. crim. n° 61.

⁷⁰ Voir Crim 13 oct. 1853, DP 1853.5.204.

⁷¹ Voir Crim. 5 juin 1997, Bull. crim. N° 228, JCP 1997. II. 22908, rapp. Larosière de Champfeu.

l'incapacité d'exercer les voies de recours : la Cour doit surseoir à statuer sur l'examen des pourvois⁷².

- Trouble et exécution de la peine. Le trouble mental est sans incidence sur l'exécution des peines pécuniaires ou privatives de droits qui doivent être exécutées normalement. Cependant, l'apparition d'un trouble après une condamnation définitive suspend l'exécution des peines privatives de liberté. La personne condamnée doit, en principe, être prise en charge soit dans un établissement spécialisé pénitentiaire tels que les services médico-psychologiques régionaux (SMPR), soit dans un établissement psychiatrique aménagé. Les plus dangereux peuvent faire l'objet d'un placement dans l'une des quatre unités pour malades difficiles (UMD). Mais, nous aurons à l'observer, ce qui relève du principe ne se vérifie pas toujours dans la réalité.

De la vérification des conditions posées par l'article 122-1 dépend le cadre d'intervention du droit pénal lui-même. En effet, il n'existe pas de lien systématique entre la caractérisation d'un trouble psychique ou neuropsychique et l'application de l'article 122-1 du Code pénal. Au-delà de la présence d'un tel trouble, ce qui importe est la conséquence de ce dernier sur le discernement ou le contrôle des actes. Or, par son effet sur le discernement ou le contrôle des actes le trouble psychique ou neuropsychique agit sur la responsabilité ou le prononcé de la peine. Mais au-delà de l'absence de responsabilité pénale, le défaut de discernement a pour effet le retrait du droit pénal lui-même. Une fois l'irresponsabilité retenue, le droit pénal se retire et avec lui le juge. Le malade mental est alors exclu du champ pénal.

⁷² *Ibid.*

CHAPITRE 2. Le défaut de discernement, cause du retrait du droit pénal.

Par son effet sur le discernement ou le contrôle des actes, le trouble psychique ou neuropsychique existant au moment des faits, peut entraîner, selon les cas, l'irresponsabilité de l'agent ou une indulgence relative à la peine. Il doit, soit abolir le discernement ou le contrôle des actes, soit altérer le discernement ou entraver le contrôle des actes. Les difficultés pouvant être rencontrées dans la définition du trouble psychique ou neuropsychique sont en quelques sortes atténuées par ce critère qui semble être en réalité le plus décisif. Le droit pénal prend donc moins en compte les causes du trouble que ses effets sur le discernement ou le contrôle des actes. (**Section 1**).

Au-delà de ses conséquences sur la responsabilité, l'abolition du discernement ou du contrôle des actes a une portée bien plus importante. En effet, en cas d'irresponsabilité, c'est l'ensemble du droit pénal et donc le juge pénal qui se retirent. L'individu ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité, sort du « champ pénal » comme si le droit pénal s'en désintéressait (**Section 2**).

Section 1. Maladie mentale et responsabilité pénale.

L'article 64 de Code pénal de 1810 avait instauré un régime dans lequel soit l'individu était « fou » et donc irresponsable, soit il était « normal » et donc responsable. La réforme de 1992 a abandonné cette logique du « tout ou rien » en intégrant l'altération du discernement ou l'entrave du contrôle des actes dans l'article 122-1 alinéa du Code pénal (§1). Désormais, l'altération du discernement entraîne en principe une réduction de peine alors que l'abolition reste une cause d'irresponsabilité, la frontière entre les deux étant cependant parfois très fine (§2).

§1. L'abandon d'une responsabilité du « tout ou rien ».

L'article 64 du Code pénal de 1810 ne visait que la démence, c'est-à-dire l'abolition du discernement ou du contrôle des actes (A). L'introduction d'un alinéa 2 relatif à l'altération du discernement ou l'entrave du contrôle des actes a permis de prendre en compte la situation particulière de ce que la doctrine a appelé à une époque les « demi-fous »⁷³ (B).

A. L'alternative dichotomique de l'ancien article 64.

- La responsabilité « une et indivisible » de l'article 64 du Code pénal de 1810.

L'article 64 disposait : « *Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action* ». La seule référence à l'état de démence excluait donc les simples anormaux mentaux ou « demi-fous ». N'étaient alors théoriquement admis que deux états : la démence et la normalité. Cette approche peut s'expliquer par l'influence de la théorie classique du sujet décrite précédemment. Selon elle, l'Homme est responsable parce qu'il est libre et doté d'une conscience. Ce postulat conditionne la mise en œuvre de la responsabilité pénale qui est possible ou non selon que l'Homme a eu ou non conscience de ses actes. La philosophie humaniste a eu tendance à réduire la réalité à une distinction entre déments et non déments sans s'intéresser aux situations intermédiaires. Le Code pénal de 1810 a semble-t-il trouvé son inspiration dans cette pensée qui se préoccupait alors plus des effets de la folie, ce qui était déjà une nécessité en soi, que de ses degrés.

- La prise en compte progressive des anormaux mentaux. Dès le début du siècle dernier, le cas particulier des anormaux mentaux a été posé. La circulaire du garde des Sceaux du 12 décembre 1905, dite « circulaire Chaumié », a ainsi pris en compte la situation de ces personnes qui, sans être privées de discernement ou du contrôle de leurs actes, souffraient d'une altération de leur discernement. Selon la Circulaire, « *A côté des aliénés proprement dit, on rencontre des aliénés, des dégénérés, des individus sujets à des impulsions morbides momentanées ou atteintes d'anomalies mentales assez marquées pour*

⁷³ *Demi-fous et demi-responsables*, Dr J. Grasset, Revue des deux mondes, t. 1, 1906.887 ; *Les demi-fous. Etude de la responsabilité atténuée*, L. Eydoux, thèse, Toulouse, 1906.

justifier à leur égard une certaine modération dans l'application des peines édictées par la loi. Il importe que l'expert soit mis en demeure d'indiquer, avec la plus grande netteté possible, dans quelle mesure l'inculpé était, au moment de l'infraction, responsable de l'acte qui lui est imputé ». En vertu de ce texte, le « demi-fou » pouvait bénéficier de circonstances atténuantes et était donc condamné à une peine moindre que s'il avait joui de la totalité de ses facultés mentales.

Ce système a reçu à l'époque un accueil mitigé et a fait l'objet de vives critiques. D'un côté, la courte durée de l'incarcération était critiquée par ceux qui dénonçaient le fait qu'une personne atteinte d'un trouble mental soit moins sévèrement punie qu'un délinquant normal alors que la première était, disait-on, plus dangereuse pour la société. Pour d'autres, une peine trop courte ne permettait pas la mise en œuvre d'un traitement psychiatrique adéquat dans le cadre pénitentiaire et au delà, un traitement thérapeutique restait, de toute façon, préférable à une privation de liberté pour ces malades nécessitant avant tout des soins. Que ce soit chez les tenants d'une incarceration de longue durée des malades mentaux afin de protéger l'ordre public ou chez les partisans d'une solution thérapeutique et non carcérale, cette solution était donc unanimement critiquée. Néanmoins, ces critiques ne portaient pas sur le principe même de la prise en compte par le droit de cette réalité en demi teinte qu'est l'altération des facultés mentales. La critique portait en effet sur le sort qui était réservé aux « demi-fous » c'est-à-dire sur le principe d'un emprisonnement et d'une réduction de peine.

Plusieurs solutions alternatives avaient été alors proposées par la doctrine et notamment par les partisans de la Défense sociale nouvelle⁷⁴. L'une des plus intéressante consistait en une forme de détention intermédiaire entre la détention classique et l'internement psychiatrique à laquelle le juge pourrait recourir en présence d'un anormal mental⁷⁵.

Face à ces critiques, la réforme du Code pénal de 1992 a été l'occasion d'une réflexion visant à remédier aux défauts du système.

⁷⁴ Théorie de politique criminelle menée par M. Ancel, magistrat et théoricien du droit, auteur d'une théorie de la politique criminelle qui consiste à repenser le système pénal plus sur la défense des droits de l'Homme que sur la défense de la Société. L'oeuvre de M. Ancel a été, pour Robert Badinter, le fondement de la rédaction du code pénal de 1992.

⁷⁵ *Anormaux et malades mentaux devant la justice pénale*, Parot et Bardenot, 1961 ; *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, M. Jorda, Montchrestien, 1966 ; *Le problème des anormaux mentaux dans les prisons*, P. Cannat, RSC, 1954, p. 564.

B. L'introduction du discernement altéré par le nouvel article 122-1.

- **Les propositions de réforme quant au sort des « demi-fous ».** Plusieurs propositions de réformes ont été faites au sujet du sort à réserver aux simples anormaux mentaux. L'avant projet de réforme du Code pénal de 1978 prévoyait dans son article 36 que la personne atteinte d'un « *trouble psychique* » « *de nature à influencer son comportement* », sans toutefois « abolir son discernement ni le contrôle de ses actes » restait punissable. Le « demi-fou » restait donc responsable et punissable. Néanmoins, le juge pouvait alors décider que l'emprisonnement serait exécuté sous le « *régime médico-psychologique* » prévu à l'article 139. Ce régime entraînait l'affectation du condamné dans un « *établissement pénitentiaire spécialisé doté de services médicaux, psychologiques et psychiatriques permettant de procéder à tout examen, observation ou traitement nécessaire* ». Les soins appropriés devaient être dispensés au condamné qui demeurait néanmoins soumis à un régime pénitentiaire pour toutes les dispositions ne pouvant nuire à son état.

Ce système était repris dans son esprit mais de façon moins précise dans l'article 94 de l'avant projet de réforme de 1983 qui prévoyait que le juge pouvait décider que la peine serait « exécutée dans un établissement pénitentiaire doté de moyens appropriés ».

Dès les premières propositions de réforme, la volonté était donc acquise de prendre en compte la situation intermédiaire des anormaux mentaux en l'introduisant dans le Code pénal. C'est d'ailleurs ce que fit le législateur en 1992 en divisant l'article 122-1 en deux alinéas, le premier ayant trait à l'ancienne démence, et le second relatif au discernement simplement altéré ou au contrôle des actes seulement entravé.

Néanmoins, pour le régime applicable à ces derniers, le législateur a purement et simplement entériné l'ancienne solution. Faisant fi des critiques faites à la Circulaire Chaumié et des solutions alternatives proposées et même envisagées dans les avant-projets successifs, l'article 122-1 a rejeté le principe d'un régime semi-carcéral, semi-médical, pour lui préférer celui de la réduction de peine. Cette solution a été choisie dès le projet de loi déposé par le Gouvernement devant le Sénat. Ce dernier avait tenté de résister en modifiant le projet dans le sens de la solution envisagée par la doctrine et les deux avant-projets. Ce fut finalement l'Assemblée Nationale qui, en première lecture, préféra une prise en compte

de l'altération des facultés mentales dans le prononcé de la peine à l'exécution de la peine dans un établissement « médico-psychologique ».

- **Le conservatisme du Code pénal de 1992.** Le Code pénal de 1992 n'a donc pas pris en compte les critiques faites à la Circulaire Chaumié notamment celles soulignant la nécessité de soigner les personnes dont le discernement ou le contrôle des actes, sans être aboli, est néanmoins obscurci. Certainement pour des raisons budgétaires, le législateur est passé outre. Les tribunaux ont désormais la possibilité de tenir compte de l'altération des facultés mentales dans la détermination de la peine.

Même si le législateur n'a pas tiré les conséquences adéquates du particularisme des anormaux mentaux, l'intégration dans la loi de leur spécificité reste néanmoins une avancée par rapport à l'indifférence du régime de responsabilité du « tout ou rien » de l'ancien article 64. La prise en compte légale de la situation particulière des « demi-fous » se traduit donc aujourd'hui par un régime de responsabilité graduée.

§2. Une irresponsabilité graduée.

Plus qu'un régime de responsabilité graduée, l'article 122-1 du Code pénal a mis en place un système de punissabilité différenciée. En effet, l'altération des facultés mentales n'a aucune incidence sur la responsabilité qui reste pleine et entière. Elle pourra par contre, avoir des répercussions sur le choix de la peine (A). L'abolition du discernement ou du contrôle des actes quant à elle reste une cause d'irresponsabilité qui a pour conséquence une absence totale de peine (B). Entre l'abolition et l'altération, les régimes juridiques associés diffèrent donc sensiblement. Pourtant, parfois, la frontière entre les deux états est très fine (C).

A. Altération des facultés mentales et modulation de la peine.

L'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal dispose : « *La personne qui était atteinte au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient*

compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ».

Malgré le constat d'une altération du discernement ou d'une entrave du contrôle de ses actes, la personne demeure entièrement responsable⁷⁶. La prise en compte par le juge du trouble dans la fixation de la peine et de son régime n'est en réalité qu'une application du principe plus général de personnalisation des peines (1). La juridiction prend donc en compte le trouble au moment du choix de la peine et du choix de son régime d'exécution (2).

1. Responsabilité et aménagement des peines.

L'alinéa 2 commence par déclarer les anormaux mentaux « *punissables* ». Pourquoi la loi ne les a-t-elle pas directement déclarés « responsables », ce qui entraîne nécessairement l'aptitude à être puni ? Le terme « punissable » peut interroger sur les intentions du législateur : fait-il une distinction entre la responsabilité et la punissabilité ? Il faut remarquer à cet égard, que le législateur a modifié la terminologie du premier alinéa. En effet, nous l'avons déjà souligné, lors de la première lecture du projet de loi, l'Assemblée nationale, pour le premier alinéa, avait substitué à l'expression « *N'est pas punissable* », celle plus exacte « *N'est pas pénalement responsable* ». Toutefois, l'ancienne formule avait été conservée pour l'alinéa 2 ce qui peut surprendre, la critique relative à l'alinéa 1^{er} et qui avait motivé sa modification, pouvant parfaitement s'appliquer au second alinéa.

Néanmoins, malgré cela, il semble qu'il faille entendre par l'expression « *demeure punissable* » que la personne est déclarée responsable (et cela est implicite), et donc punissable. Malgré ces imprécisions terminologiques, le principe reste donc celui de la responsabilité des anormaux mentaux qui peuvent être punis c'est-à-dire contre lesquels peuvent être prononcées des peines, dont des peines privatives de liberté.

La suite de l'alinéa prévoit que le juge tient compte, pour le prononcé de la peine, de l'état particulier de la personne. Cela ne remet en rien en cause la responsabilité de cette dernière et contraire, la confirme. En effet, il faut préciser que la prise en compte du trouble dans la détermination de la peine n'est en réalité qu'une application d'un principe plus général relatif à la personnalisation et à l'aménagement de la peine. Ce principe est prévu à

⁷⁶ Voir Crim. 31 mars 1999, Bull. crim. n° 66 - Crim. 22 oct. 1999, Bull. crim. n° 883.

l'article 132-24 du Code pénal qui dispose dans un alinéa 1^{er} que « *Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* ». Cet article pose donc le principe de personnalisation de la peine selon les circonstances de l'infraction mais aussi selon la personnalité de l'auteur ! Le trouble mental pourrait donc parfaitement être pris en compte au titre de cet alinéa.

Certains auteurs⁷⁷ font observer à ce sujet qu'au regard de l'importante marge de manœuvre offerte, de façon générale, au juge quant à la fixation de la peine, il est possible de se demander s'il était nécessaire de prévoir spécifiquement le cas des « demi-fous ». Quoiqu'il en soit, le parallèle avec le principe général de l'article 132-24 du Code pénal montre bien à quel point le régime applicable aux anormaux mentaux est bien celui d'une pleine responsabilité comprenant seulement une disposition expresse relative à la fixation de la peine et de son régime. Cette approche est confirmée par la Cour à propos de la question de savoir si une question spécifique doit nécessairement être posée à la cour et au jury sur le trouble psychique ou neuropsychique ayant pu altérer les facultés mentales de l'intéressé. Selon la Cour, « *cette cause d'atténuation de la responsabilité pénale, qui est sans incidence sur la culpabilité de l'intéressé, mais influe seulement sur l'application de la peine, n'a, comme par le passé, pas à faire l'objet d'une question car elle ne constitue pas une cause légale de diminution de peine* »⁷⁸.

Le principe est clair : les anormaux mentaux demeurent responsables.

2. Le libre choix de la peine et de son régime.

- **La liberté de détermination de la peine.** Le juge doit en premier lieu tenir compte de l'altération des facultés mentales dans le choix de la peine. Cela pose la question de l'étendue de la liberté du juge : a-t-il l'obligation d'en tenir compte ou est-ce une simple faculté ? Sous l'empire du Code pénal de 1810 et ce, depuis la Circulaire Chaumié, les anormaux mentaux pouvaient bénéficier de circonstances atténuantes, le juge ayant toute latitude puisque l'octroi de ces dernières était toujours facultatif et relevait de sa libre

⁷⁷ *Exercices pratiques du droit pénal*, M.- E. Cartier, G. Confino, Montchrestien, 2001, n° 11.

⁷⁸ Voir Crim. 5 sept. 1995, Bull. crim. n° 270, RSC 1996..646, spéc. n°7, obs. B. Bouloc - Crim. 31 mars 1999, Juris-Data n° 1999-002293 - Crim. 18 fév. 2004, Juris-Data n° 2004-022713

appréciation. Lors de la réforme du Code pénal, la notion de circonstances atténuantes permettant de fixer une peine inférieure au minimum légal, a disparu avec les seuils de peine minimum.

En 1992, le législateur a semble-t-il voulu reprendre ce mécanisme dans son principe. Néanmoins, le nouveau texte, du moins, dans sa formulation, semble poser un impératif par l'usage de l'indicatif: « *La juridiction tient compte...* ». La doctrine est divisée sur ce point. Pour certains⁷⁹, le législateur a voulu obliger les juges alors que d'autres⁸⁰ considèrent au contraire que les juges disposent toujours d'une certaine marge de manœuvre et peuvent ne pas modérer la peine au regard de la peine encourue. De façon générale, la jurisprudence confirme la première approche et certaines cours d'appel paraissent admettre que la prise en compte du trouble est automatique⁸¹, mais rien n'est figé.

- **Réduction de peine.** Là où la Circulaire Chaumié faisait explicitement référence à une « *modération dans l'application des peines édictées par la loi* », l'article 122-1 alinéa 2 se contente d'une prise en compte de la circonstance du trouble. Cela signifie-t-il que la prise en compte du trouble peut se faire aussi bien dans le sens d'une modération que d'un accroissement de la peine ? Selon certains auteurs, le trouble peut justifier une peine plus sévère. Ainsi selon J.- H. Robert⁸², « *les juges pourraient trouver dans la maladie du condamné, un argument de sévérité* ». Nous le verrons, cette interprétation est aujourd'hui confirmée par l'observation des décisions en la matière. Il semble néanmoins, que l'esprit du texte soit à l'origine plus à la modération de la peine qu'à une plus grande sévérité!

- **Aménagement de l'exécution de la peine.** Au-delà de la modulation de la durée de la peine, les juges peuvent prendre en compte le trouble en en fixant le régime. Le juge peut ainsi, dès le prononcé de la peine, aménager cette dernière. Ainsi, souvent, la juridiction prononce une peine accompagnée d'un sursis avec mise à l'épreuve tel que prévu aux articles 132-40 et suivants du Code pénal.

Il est cependant une mesure d'individualisation de la peine qui a fait débat quant à son application aux « demi-fous » : la dispense de peine de l'article 132-59 du Code pénal. Le 21 mai 1996, la Cour d'appel de Paris a eu à se prononcer sur le cas d'une personne poursuivie

⁷⁹ *Trouble psychique ou neuropsychique*, M.- L. Rassat, JCP, art. 122-1 et 122-2, spéc. n°49.

⁸⁰ *Le nouveau droit pénal*. V. F. Desportes, F. Le Guehec, 2001, Economica, n° 647.

⁸¹ Voir Ca Grenoble, 23 oct. 1998, Juris-Data n° 1998-045348, prévenu « *bénéficiaire* » d'une atténuation - CA Paris, 8 sept. 1999, Juris-Data n° 1999-024565, le prévenu « *devant bénéficier* » d'une atténuation.

⁸² *Droit pénal général*, J. -H. Robert, 5^{ème} éd., 2001, PUF, p. 291.

pour des violences volontaires sur des agents de la RATP. Tout en retenant la responsabilité de cette personne qui était atteinte au moment des faits d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement, la Cour d'appel a prononcé une dispense de peine. Cette solution a été critiquée, notamment par M.- L. Rassat qui considère qu'elle conduit en pratique à « *aligner le régime de l'anomalie partielle sur celui de l'anomalie totale, ce qui paraît être un détournement du droit* ». Néanmoins, la Cour indique à juste titre que les conditions posées à la dispense de peine par l'article 132-59 étaient remplies. En outre la dispense de peine est un mode de personnalisation comme les autres qui peut parfaitement s'appliquer aux anormaux mentaux dès lors qu'aucune disposition de s'y oppose. Enfin, la Cour a adopté un raisonnement très clair en séparant bien la décision relative à la responsabilité de l'individu, de celle relative à la peine applicable. Aucune confusion n'est donc opérée entre l'application de l'alinéa 1 et de l'alinéa 2.

B. Abolition des facultés mentales et irresponsabilité pénale.

Le trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli le discernement ou le contrôles des actes peut être constaté par le juge d'instruction ou de jugement. Traditionnellement et jusqu'à récemment, l'irresponsabilité pénale était constatée par un non-lieu, une décision d'acquiescement ou de relaxe.

- **Le non-lieu dès l'instruction.** Une décision de non-lieu pouvait être prise au stade de l'instruction par une ordonnance ou un arrêt de non-lieu. Depuis, la loi du 8 février 1995⁸³, avait été mise en place une procédure particulière de notification de l'ordonnance motivée par l'application de l'article 122-1 alinéa 1^{er}, l'objectif étant d'atténuer la frustration que peuvent ressentir les victimes dans une telle situation. Cette notification devait être faite oralement dans le cabinet du juge d'instruction (art. 167-1 du Code de procédure pénale) où la victime devait avoir été convoquée avec son avocat. Elle devait être informée de son droit de demander une contre-expertise et de faire appel de l'ordonnance. Cet appel était jugé devant la chambre d'instruction en audience publique et avec, en principe, comparution personnelle de la personne mise en cause (art. 199-1 du Code de procédure

⁸³ Loi n° 95-125 du 8 fév. 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure pénale (JO, 9 fév., D. 1995.177).

pénale).

- **La phase de jugement.** En matière criminelle, l'irresponsabilité de l'agent entraînait, traditionnellement, une décision d'acquittement. Depuis la loi du 15 juin 2000⁸⁴, l'article 349-1 du Code de procédure pénale prévoit que deux questions distinctes devront être posées au jury. Là où l'on considérait que la question relative à la culpabilité comprenait celle relative à l'abolition du discernement, il est désormais nécessaire de poser deux questions successives, l'une relative au fait de savoir si la personne a commis les faits et l'autre visant à établir si elle bénéficie de la cause d'irresponsabilité de l'article 122-1. En matière correctionnelle, les juges prenaient une décision de relaxe. Enfin, la responsabilité des auteurs de contraventions est elle aussi exclue puisque l'article 122-1 ne vise plus expressément les crimes et délits⁸⁵.

Cette procédure n'est plus, nous aurons à l'observer, depuis la loi du 25 février 2008⁸⁶. Néanmoins, sur le principe la solution reste la même : le « fou » est irresponsable à la différence du « demi-fou ». Cette distinction claire ne l'est pourtant pas toujours dans la réalité.

C. Altération et abolition sur le fil du rasoir.

L'application de l'article 122-1 du Code pénal relève pour chaque cas d'espèce du pouvoir d'appréciation du juge. Il s'agit d'une question de pur fait pour la solution de laquelle le pouvoir du juge est souverain⁸⁷. En outre le juge n'est pas lié ni conditionné par une décision antérieure de mise sous un régime de protection civile.

Mais la liberté laissée au juge ne fait pas pour autant de sa décision une tâche facile. Si la différence entre altération et abolition des facultés est nette au plan du régime juridique applicable, la frontière entre les deux au plan du diagnostic est cependant parfois

⁸⁴ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes (JO, 16 juin, D. 2000-253).

⁸⁵ L'article 64 du code pénal de 1810 ne visait que les crimes et délits. Mais la jurisprudence étendait l'irresponsabilité pénale aux auteurs de contraventions par un raisonnement pas analogie (Voir Crim. 16 déc. 1921 et 18 fév. 1922, DP 1922.1.72).

⁸⁶ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008, relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO, 26 fév. n° 0048).

⁸⁷ Voir Crim. 11 mars 1958, Bull. n° 238.

très fine. Là où le droit exige un choix entre deux uniques solutions, la réalité peut parfois être moins tranchée et relever de cas limites.

Reprenons ici une démonstration de Daniel Zagury⁸⁸, chef de service au centre psychiatrique du Bois-de-Bondy et expert psychiatre. Il prend notamment l'exemple d'un schizophrène tuant en obéissant à des ordres hallucinatoires dans « un contexte d'envahissement délirant ». Selon lui, ce dernier « *relèvera selon toute probabilité de l'application de l'article 122-1, alinéa 1, du code pénal. Le même schizophrène commettant toute autre infraction qui n'est pas en rapport direct avec cette pathologie pourrait, en toute rigueur médico-légale, relever du deuxième alinéa (altération du discernement).* » Il ajoute : « *Trop de fausses contradictions sont imputées à l'expert psychiatre, alors qu'elles découlent de la loi.* »

D. Zagury prend un autre exemple intéressant. Selon lui un suicide altruiste mélancolique aura tendance à entraîner l'application de l'alinéa 1^{er} alors qu'un suicide « *élargi ou accompagné* » sera plutôt suivi d'une conclusion en terme d'altération. « *Dans le premier cas, la souffrance morale indicible s'accompagne d'un vécu délirant d'inéluctabilité du châtement dont il convient de sauver ses proches en les tuant. Dans le second cas, dans un mouvement d'unisson narcissique, il est inconcevable de mourir sans être accompagné dans la mort par ses proches. La détresse n'est pas nécessairement la maladie, quel que soit l'embarras des tribunaux à juger le désespoir.* » La réalité est alors parfois très complexe là où le droit ne propose qu'une alternative unique entre altération et abolition du discernement. L'expert devra pourtant proposer une réponse à la question posée par le juge. Dans le cas où une incertitude subsisterait dans le rapport d'expertise, ce sera alors au juge de décider selon son intime conviction alors que le rapport d'expertise ne conclut pas lui-même!

Ces cas limites sont d'autant plus inquiétants que la réponse relative à l'application de l'alinéa 1^{er} ou 2 de l'article 122-1 emporte de lourdes conséquences. Selon que la personne est déclarée responsable ou non, la place du droit pénal et du juge pénal ne sera pas du tout la même. La maladie mentale, une fois reconnue par le droit pénal, entraîne le retrait de ce dernier dans ses conséquences judiciaires et punitives.

⁸⁸ *Irresponsabilité pénale du malade mental : le rôle de l'expert*, D. Zagury, AJ Pénal, n°9/2004, p. 314.

Section 2. Maladie mentale et intervention pénale.

Une fois la décision de non lieu, relaxe ou acquittement prise en application de l'alinéa 1^{er} de l'article 122-1 du code pénal, la personne reconnue pénalement irresponsable se voyait traditionnellement confiée à la compétence de l'autorité administrative qui décidait alors de son placement en hôpital psychiatrique à l'instar de n'importe quel autre malade mental (§1).

La personne irresponsable rejoint en quelque sorte la « normalité » de la maladie mentale de « droit commun » en quittant la sphère pénale pour l'hôpital. A l'inverse, le malade relevant de l'alinéa 2, une fois sa responsabilité retenue intègre la « normalité » pénale et carcérale. Prisons et hôpitaux représentent les deux uniques branches de l'alternative offerte au cas des malades mentaux délinquants. En niant la spécificité de la personne à la fois malade mentale et délinquante la solution actuelle entraîne deux confusions peu opportunes : entre détenus malades et détenus normaux au sein des prisons d'une part, et entre malades délinquants et malades *lambda* d'autre part. Des solutions spécifiques aux malades mentaux ayant commis une infraction ont néanmoins été imaginées et se développent depuis les années 70 en France. Leur bilan reste cependant assez mitigé (§2).

§1. Une décision d'hospitalisation étrangère au juge pénal.

Lorsque la personne était déclarée pénalement irresponsable, traditionnellement et jusqu'à peu, les juridictions d'instruction ou de jugement ayant prononcé le non-lieu, la relaxe ou l'acquittement étaient privées de tout pouvoir de décision quant au sort du malade mental. C'était l'autorité administrative qui prenait le relais pour décider d'une hospitalisation (A). Cette solution a fait l'objet de nombreuses critiques notamment au moment de la réforme du code pénal. Le code pénal de 1992 conservera le principe d'une décision administrative et ce, jusqu'à la loi de 25 février 2008⁸⁹ (B).

⁸⁹ Loi n° 2008-174 du 25 fév. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO, 26 fév. n°0048).

A. Une décision administrative, relais de l'irresponsabilité pénale.

Avant la loi du 25 février 2008, le préfet seul pouvait décider du placement du malade mental déclaré irresponsable, l'autorité judiciaire ayant pour unique mission de passer le relais (1). L'exclusion du juge pénal du processus de placement était à contre courant des solutions adoptées par la majorité de nos voisins européens (2).

1. Un placement purement administratif.

La personne déclarée pénalement irresponsable peut faire l'objet d'une mesure de sûreté d'hospitalisation d'office. Son potentiel état dangereux nécessite, malgré son irresponsabilité au plan pénal, de prendre des mesures appropriées sous la forme d'une mesure de sûreté particulière : l'internement.

Jusqu'à la loi de 2008, la compétence judiciaire s'épuisait avec le non-lieu, la relaxe ou l'acquittement, la mesure de placement relevant d'une procédure purement administrative dans les conditions prévues par le code de la santé publique. L'article L. 3213-7 du code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi du 27 juin 1990⁹⁰ prévoyait que l'autorité administrative, c'est-à-dire le préfet ou le préfet de police à Paris, était avisée des décisions prises par l'autorité judiciaire qui estimait que la personne déclarée irresponsable était susceptible de compromettre la sûreté des personnes ou de porter gravement atteinte à l'ordre public. Au moyen d'un arrêté motivé et au vu d'un certificat médical circonstancié faisant état du risque que peut représenter l'individu pour l'ordre public, le préfet prononçait l'hospitalisation d'office de la personne dans un établissement spécialisé (art. L. 3213-1 CSP).

Une fois la décision d'irresponsabilité prise, l'individu était sorti du « champ pénal ». Par ailleurs et en conséquence, la situation pénale de l'individu et sa situation administrative ne se recoupaient pas forcément. En effet, la mesure administrative de placement, en tant que mesure de sûreté, vise à protéger l'ordre public. Or une personne déclarée pénalement

⁹⁰ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990, relative, aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, dont les dispositions se sont substituées à celles de l'ancienne loi du 30 juin 1838 relative aux aliénés, (JO, 30 juin, n° 150).

irresponsable peut, sans compromettre la sûreté des personnes ou l'ordre public, nécessiter des soins, ce que soulève la constatation pénale du trouble psychique ou neuropsychique.

Le dessaisissement de l'autorité judiciaire était aussi la règle pour la fin de l'internement. La mainlevée de l'hospitalisation d'office ne relevait plus à proprement parler de l'autorité administrative qu'est le préfet mais d'une décision conforme de deux psychiatres. Ainsi, contrairement à la décision de placement qui était strictement la même que le malade mental ait été l'auteur d'une infraction ou non, la mainlevée de l'hospitalisation différait s'agissant de l'hospitalisation de personnes déclarées pénalement irresponsables. En effet, dans la procédure d'hospitalisation d'office des malades mentaux non délinquants, sans renouvellement par arrêté préfectoral (art. L. 3213-4 al. 1^{er} CSP) après un mois, la mainlevée est acquise. S'agissant des délinquants déclarés pénalement irresponsables le simple écoulement du temps prévu ne suffisait pas pour mettre fin à l'hospitalisation. La fin de l'hospitalisation ne pouvait résulter que d'une décision conforme de deux psychiatres n'appartenant pas à l'établissement où a été placé l'intéressé, établissant que la personne ne présente plus de danger, après un avis de la Direction des affaires sanitaires et sociales du département dans lequel est situé l'établissement (art. L. 3213-8 CSP).

Pour l'hospitalisation, comme pour la mainlevée de la mesure, malgré des différences de régime, l'intervention était réduite à un rôle résiduel de saisie de l'autorité administrative. Ce dessaisissement de l'autorité judiciaire était d'ailleurs une spécificité française.

2. Droit comparé.

Selon le rapport du Sénat sur l'irresponsabilité des malades mentaux⁹¹, l'ensemble des législations nationales étudiées reconnaît au juge le pouvoir de décider des mesures applicables au délinquant atteint d'un trouble mental.

Nous l'avons observé, en Suède où le délinquant malade mental reste responsable, logiquement, la législation prévoit que le juge prononce à l'égard de l'intéressé une sanction

⁹¹ Rapport du Sénat sur *l'irresponsabilité pénale des malades mentaux*, Série législation comparée, Fév. 2004.

comme pour les autres délinquants, la seule différence résidant dans le fait qu'aucune peine de prison ne peut être prononcée. Le tribunal peut acquitter le coupable s'il estime qu'aucune autre peine ne peut être appliquée. En revanche, le délinquant malade mental peut se voir appliquer la peine d'amende et le placement sous surveillance judiciaire. Il peut aussi faire l'objet d'un placement en établissement psychiatrique qui est réservé aux personnes souffrant d'une trouble mental grave et ayant commis une infraction d'une gravité telle qu'une peine d'amende n'est pas suffisante. Le jugement est précédé d'une expertise psychiatrique. Enfin, et en cas de récidive seulement, le juge peut soumettre la sortie à l'accord du tribunal administratif en plus de l'autorisation du médecin. Le régime suédois est donc très judiciaire, ce qui est logique du fait que les malades mentaux sont responsables au même titre que les autres délinquants.

Les législations allemande, espagnole, italienne et hollandaise qui admettent la maladie mentale comme cause d'irresponsabilité pénale, prévoient quant à elles qu'une mesure de sûreté peut être prononcée par le juge. Elle constitue le plus souvent une mesure d'internement. Cette mesure ne peut cependant, en général, être prononcées que pour une durée limitée. C'est le cas en Espagne, en Italie, aux Pays-Bas et au Danemark. L'internement est plus rarement décidé pour une durée illimitée. C'est le cas en Allemagne ou au Danemark dans certains cas très graves. Dans ce cas le juge contrôle l'application de la mesure.

Le Sénat conclut que *« l'examen des législations étrangères montre que, contrairement à la France, les autres pays laissent à la juridiction pénale le soin de décider des mesures applicables aux délinquants atteints de troubles mentaux »*.

Cette spécificité française fait, de longue date, l'objet de critiques multiples.

B. Un dessaisissement critiquable de l'autorité judiciaire.

Le principe du placement administratif des personnes déclarées pénalement irresponsables a essuyé de nombreuses critiques (1) desquelles ont émergé des propositions de réforme qui n'ont finalement pas abouti en 1992 (2).

1. Approche critique.

La critique portait sur deux points essentiels, le premier relatif à l'identité de traitement des malades mentaux qu'ils soient délinquants ou non, le second, au dessaisissement de l'autorité judiciaire.

- **Un placement non différencié.** La loi du 30 juin 1838⁹² relative à l'internement des aliénés avait opté pour le principe d'un placement administratif. Cette loi ne faisait aucune distinction entre les criminels aliénés et les autres. A l'époque déjà, l'alternative entre placement administratif ou judiciaire faisait l'objet de thèses opposées. En faveur de la thèse administrative, le comte Gasparin invoquait la nature de mesure de sûreté publique du placement qui relèverait par nature de l'autorité administrative ou encore la célérité, la prudence et la discrétion qu'elle exige et qui sont peu compatibles avec la lenteur de la voie judiciaire.

Le régime qui prévalait jusqu'à la loi du 25 février 2008, était donc un régime unitaire, du moins concernant la décision de placement. Ne pas faire de différence dans le placement d'un malade mental quelconque et d'un malade mental, auteur d'une infraction était problématique. L'irresponsabilité au pénal ne peut, sans un certain malaise, tirer un trait sur la différence existant entre le malade mental non délinquant et le délinquant malade mental. Si tous sont atteints d'un trouble mental, tous ne sont pas passés à l'acte même si le préfet décide de l'internement en fonction de la dangerosité de l'individu dans tous les cas (malades ordinaires et malades délinquants irresponsables). Malgré ce critère commun à toutes les décisions de placement d'office, il n'est pas possible de faire abstraction du passage à l'acte.

- **Le retrait judiciaire.** L'absence de l'autorité judiciaire pourtant gardienne des libertés individuelles a elle aussi été critiquée. Cela rejoint tout d'abord la première critique faite à l'indifférence vis-à-vis de l'infraction alors qu'a été commis un fait relevant, objectivement, de la définition d'une infraction pénale. L'irresponsabilité pénale entraînait la mise à l'écart totale du juge pénal ce qui peut paraître étrange. Même si le malade mental est

⁹² Loi du 30 juin 1838 relative à l'internement des aliénés.

irresponsable, ce que nul ne conteste au regard des principes rappelés précédemment, cette circonstance ne semble pas convaincre de la nécessité de dessaisir le juge pour décider du sort, cette fois médical, de l'intéressé. L'absence de sanction pénale faute d'irresponsabilité, ne semblait pas devoir exiger la mise à l'écart de l'autorité judiciaire.

Par ailleurs, l'autorité judiciaire est la garante des libertés individuelles au sens de l'article 66 de la Constitution française. Des garanties entourent la décision judiciaire, notamment en termes de possibilités de contestation. Selon W. Jeandidier, « il paraît normal que l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles, ait compétence, sans compter qu'elle connaît mieux l'intéressé que le préfet ».

A l'inverse, il peut être opposé à ces critiques le fait qu'il peut être paradoxal de donner compétence à la juridiction pénale pour prononcer une mesure de sûreté c'est-à-dire une sanction même si ce n'est pas une peine, à l'égard d'une personne qu'elle vient de déclarer pénalement irresponsable. Pour certains auteurs comme M.- L. Rassat⁹³ il serait possible d'envisager un système semblable au régime prévu en matière de placement des alcooliques dangereux pour autrui c'est-à-dire une transmission du dossier non à l'autorité administrative mais au tribunal de grande instance statuant en matière civile. La réforme du code pénal de 1992 fut l'occasion d'une réflexion d'envergure sur la question qui s'est traduite par de nombreuses propositions qui, à l'époque du moins, n'emportèrent pas la conviction du législateur.

2. Echec des propositions de réforme.

L'avant-projet de réforme du code pénal de 1978 proposait de confier la décision de placement de la personne ayant été déclarée irresponsable au juge d'instruction ou de jugement. La Commission de révision s'était prononcée dans ce sens : « *compte tenu de notre conception du rôle du juge, il appartient à l'autorité judiciaire, c'est-à-dire aux juridictions d'instruction ou de jugement, d'ordonner le placement de l'auteur de l'infraction reconnu médicalement aliéné mental dans un établissement spécialisé* »⁹⁴.

L'article 40 de l'avant-projet de réforme de 1978 prévoyait dans ses deux derniers

⁹³ *Trouble psychique et neuropsychique*, M.- L. Rassat, JCP, art. 122-1 et 122-2, spéc. n°17.

⁹⁴ *Droit pénal général - Introduction au droit criminel, Théorie générale de la responsabilité pénale*, R. Bernardini, Gualino éditeur, 2003.

alinéas : « *Dans ce cas, (en cas d'abolition du discernement) l'auteur du crime ou du délit, lorsque son état est de nature à compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes, est placé dans un établissement spécialisé par décision de la juridiction d'instruction ou de jugement. Sa sortie est ordonnée par le tribunal de l'exécution des sanctions saisi par requête du procureur de la République* ». Décision de placement et de sortie devaient relever de la compétence judiciaire dans le cadre d'une procédure contradictoire prévoyant un débat en présence de l'intéressé. L'autorité administrative, par le biais de la Direction Départementale de l'Action Sanitaire et Sociale, conservait seulement compétence pour désigner l'établissement psychiatrique. En matière de sortie cependant, la Commission avait d'abord envisagé de confier la décision à une commission tripartite composée des autorités médicale, judiciaire et administrative. Cette solution spécialement prévue pour la décision de sortie présentait l'avantage de prendre en compte les différents avis sans que l'autorité judiciaire n'impose seule sa décision. Néanmoins, la Commission a par la suite préféré se prononcer en faveur d'une décision purement judiciaire à l'image de la décision de placement.

Avec cette proposition, la Commission avait suivi les critiques faites au placement administratif en considérant que : « *l'autorité judiciaire, mieux renseignée que l'autorité administrative sur les faits constituant l'infraction et disposant des mêmes informations sur l'état mental du prévenu par l'expertise psychiatrique, est mieux placée pour prendre une décision de placement* ». Selon elle, l'irresponsabilité ne peut entraîner *ipso facto* le retrait du juge pénal et peut parfaitement se concilier avec une prise en charge judiciaire de l'intéressé. Et cela d'autant plus que l'autorité judiciaire semble plus apte à prendre une telle décision notamment au regard des informations dont elle dispose.

Par la suite toutefois, la Commission est revenue sur cette première position en se prononçant en faveur de la conservation d'un placement administratif lorsqu'aucune infraction délictuelle ou criminelle n'a été commise c'est-à-dire en cas de contravention. La faible gravité des contraventions ainsi que leur nombre important avaient alors justement emporté la conviction de la Commission de réforme qu'il était ni utile ni opportun de confier la décision de placement à l'autorité judiciaire pour ces dernières. Les reculs qui suivirent ne nous semblent pas, quant à eux, relever de la même opportunité. En effet la possibilité pour

le juge de placer la personne déclarée irresponsable a été supprimée dans l'avant-projet de 1983 puis dans le projet de loi du 19 février 1986. En 1990 toutefois, l'Assemblée Nationale avait, par l'amendement Marchand, envisagé un alinéa relatif à la décision de sortie uniquement. Ce dernier prévoyait que « *la décision de sortie de l'établissement spécialisé est prise par une commission composée du représentant de l'autorité administrative compétente, du médecin traitant de l'établissement et d'un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel* ». Ainsi, à nouveau été envisagée l'idée d'une compétence semi-judiciaire entre les mains d'une commission *ad hoc* et ce, curieusement uniquement pour la décision de sortie. Mais ce texte fut lui aussi supprimé en seconde lecture.

Finalement l'article 122-1 du code pénal aura purement et simplement entériné la solution antérieure après une expérience législative mouvementée. Les retours en arrière effectués ont du mal à trouver une explication cohérente alors qu'à la lecture des premières propositions de réformes l'adhésion au principe d'un placement judiciaire semblait acquise pour le législateur. La législateur a, semble-t-il considéré qu'il ne revenait pas à l'autorité judiciaire de décider par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, des modalités du traitement d'une personne atteinte d'un trouble mental et dont l'état est nécessairement évolutif. Donc jusqu'à la loi du 25 février 2008, après une déclaration d'irresponsabilité pénale, le droit pénal, se désintéressait du sort des personnes dont le discernement ou le contrôle des actes a été aboli par l'effet d'un trouble psychique ou neuropsychique.

La césure entre le droit pénal et la santé mentale trouve une autre illustration dans l'orientation post-judiciaire respective des délinquants malades responsables et des délinquants malades irresponsables.

§2. La césure institutionnelle entre responsabilité et irresponsabilité.

La prison et l'hôpital sont deux univers quasiment clos. Les « fous » ayant commis une infraction relèvent de l'un ou de l'autre selon l'application de l'alinéa 1^{er} ou 2nd de l'article 122-1 du code pénal (A). Des structures mixtes alliant détention et soin ont été

créées. Néanmoins, ces solutions relèvent plus de l'aménagement du milieu carcéral ou hospitalier que de la création de véritables structures spécifiques (B).

A. Le cloisonnement des structures hospitalières et carcérales.

La séparation nette entre l'univers carcéral et l'hôpital psychiatrique (1) est problématique pour soigner les malades mentaux délinquants qui sont confondus avec les autres détenus dans la prison et avec les autres malades à l'hôpital (2).

1. La séparation entre la prison et l'hôpital.

Malgré les efforts du droit pour adapter sa réponse à la réalité, prisons et hôpitaux psychiatriques restent des univers très cloisonnés. Déjà sous l'empire de l'article 64 et aujourd'hui avec l'article 122 - 1, les « fous » irresponsables, sont pris en charge par les hôpitaux psychiatriques. Selon J.M. Aussel, « dès l'instant où l'article 64 est appliqué, l'aliéné mental est considéré comme un malade ordinaire au milieu des autres malades⁹⁵ ». Le « demi-fou » quant à lui, est moins punissable que ce que ne le prévoyait l'ancien article 64. Néanmoins, il reste responsable et donc punissable. L'anormal mental délinquant relève donc en principe de la prison et ce, comme l'ensemble des délinquants qui ne connaissent eux, aucune altération des facultés mentales.

La décision des juges quant à l'application de l'un ou de l'autre des deux alinéa de l'article 122-1 du code pénal crée une frontière qui séparera pour la suite le parcours des personnes atteintes d'un trouble psychique ou neuropsychique : aux malades mentaux l'hôpital psychiatrique, aux anormaux mentaux, la prison. Or, ces malades délinquants qu'ils soient responsables ou non sont tous atteints d'un trouble mental. La frontière entre les deux réside dans l'écart entre l'altération et l'abolition du discernement est, nous l'avons observé, parfois très fine. Par ailleurs, ces individus ont aussi comme point commun d'avoir commis une infraction et sont donc tous délinquants.

Il ne s'agit évidemment pas de remettre en cause le principe de la répartition opérée par

⁹⁵ *La condition des délinquants présentant des troubles mentaux en droit français*, J. M. Aussel, in *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*. Paris : Cujas, 1989, p. 14.

l'article 122-1. Etre responsable implique de répondre de ses actes et cela, potentiellement en prison. Ne pas l'être implique la liberté, et ce, malgré les ressemblances qui peuvent exister entre les « fous » et les « demi-fous » délinquants. Ce qui pose problème n'est donc pas la séparation des malades mentaux selon leur degré de responsabilité mais leur mélange avec les populations « traditionnelles » tant de la prison que de l'hôpital.

2. Le mélange entre maladie, normalité et délinquance.

Il peut en effet paraître paradoxal de différencier le parcours des « fous » et des « demi-fous » ayant commis une infraction ce, dans le juste respect des principes de la responsabilité pénale, pour ensuite, les mélanger, pour les uns avec des individus malades mais non délinquants, et pour les autres avec des délinquants non malades.

- **La délinquance à l'hôpital.** L'accueil de délinquants irresponsables dans les hôpitaux psychiatriques est problématique. Les psychiatres y sont d'ailleurs assez réticents. Le rapport Floch⁹⁶ retranscrit le témoignage du Docteur Brahmy, médecin psychiatre, qui explique la raison de cette réticence. Selon lui « *Tous les psychiatres de SMPR ont beaucoup de difficultés à placer leurs patients en hôpital psychiatrique. En effet ces établissements ont humanisé leurs services, les ont ouverts. Ils ont un personnel souvent moindre qu'il y a quelques années. Ils ont fermé un nombre de lits assez important. Ils ne souhaitent pas fermer un pavillon de vingt-cinq places pour un détenu. Je rappelle qu'en psychiatrie, il n'y a pas de garde statique de policiers, contrairement aux services de médecine, chirurgie et obstétrique. Par conséquent, l'équipe de psychiatrie a la charge non seulement des soins du patient, mais également de sa sécurité, ce qui les fait un peu réfléchir. Ils ont peur des conséquences. Quand il s'agit de quelqu'un qui encourt une peine d'un mois de prison, ils ne sont pas trop inquiets, mais quand le détenu est incarcéré pour des faits beaucoup plus graves, ils se sentent à juste titre très concernés par les questions de sécurité* ». L'article D. 398 du code de procédure exclut d'ailleurs, contre toute logique, les services psychiatriques du bénéfice de la surveillance par un personnel de police pendant l'hospitalisation des malades alors que cela est prévu par l'article D. 396 du code de procédure pénale pour les

⁹⁶ Rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, rapporteur J. Floch, 2000.

hospitalisation dans les services non psychiatriques! Les réticences des psychiatres vis-à-vis de l'accueil des individus dangereux au sein de leurs services s'expliquent tant par la contradiction à intégrer des exigences sécuritaires dans des services qui ont été voulu de plus en plus ouverts, que par la faiblesse des moyens.

- **La folie en prison.** Selon une enquête sur la santé des entrants en prison de 1997⁹⁷, près d'une personne sur dix (8,8 %) a déjà été suivie par un psychiatre, psychologue ou un infirmier psychiatre au moins une fois par trimestre, ou a déjà été hospitalisée en hôpital psychiatrique dans l'année précédant son entrée en prison. Parmi eux, près de six sur dix ont un traitement en cours par psychotropes. 4% des entrants déclarent, à l'arrivée en prison, un traitement par antidépresseurs et 3,5% un traitement par neuroleptiques. Ces proportions sont nettement plus élevées que celles observées dans la population générale. Les médecins procédant à l'examen médical d'entrée en prison prescrivent une consultation spécialisée en psychiatrie dans 8,8% des cas. Le rapport Floch⁹⁸ rendu le 28 juin 2000 confirme ces chiffres. Selon lui 10 % des entrants en prison déclarent avoir eu un suivi psychiatrique et la proportion de ceux qui déclaraient à l'arrivée un traitement par antidépresseurs ou neuroleptiques est nettement plus élevée que dans la population générale. Il faut, selon ce même rapport, ajouter aux 10 % précités tant les personnes incarcérées qui n'avaient pas été soignées malgré leurs troubles, que celles dont les troubles sont apparus pendant la détention ou préexistaient mais sous une forme légère n'ayant pas nécessité de soins (les « détenus fous »).

Plus alarmiste encore est le rapport du Sénat du 29 juin 2000⁹⁹. Il considère, en effet, que le chiffre de 10% de malades en détention est bien en deçà de la réalité qui approximerait les 30% de détenus souffrant soit de troubles psychiques à leur entrée en détention, soit de troubles s'étant révélés au cours de leur détention!

La présence de la maladie mentale en prison est inquiétante principalement au regard de l'insuffisance des dispositifs de soins mis en œuvre au sein des établissements pénitentiaires. Le rapport de la commission d'enquête du Sénat précité fait état de

⁹⁷ *Enquête sur la santé des entrants en prison* de la DREES (Direction de la Recherche, des Etudes, de l'Evaluation et des Statistique).

⁹⁸ Rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, rapporteur J. Floch, 2000.

⁹⁹ *Rapport de commission d'enquête du 29 juin 2000 n°449 : Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, J.- J. Hyst, G.- P. Cabanel.

l'insuffisance des modalités de prise en charge psychiatrique dans l'ensemble des prisons qui sont considérées selon ses termes comme une véritable « humiliation pour la République »¹⁰⁰. Or, aux termes de l'article L. 1110-1 du code de la santé publique, le droit fondamental à la protection de la santé doit en principe être mis en œuvre par tous moyens au bénéfice de toute personne, qui doit recevoir les soins les plus appropriés, ce droit s'appliquant également aux personnes détenues. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France à plusieurs reprises sur le fondement de ce droit à la santé concernant les personnes incarcérées¹⁰¹. La France en a pris acte en consacrant le droit à la santé du détenu dans l'article 46 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009¹⁰² et en créant des structures spécialisées pour les malades incarcérés.

B. Le bilan mitigé des structures « mixtes ».

Plusieurs solutions « mixtes » visant à associer la détention et le soin grâce à la création d'établissements spécialisés « à vocation sanitaire » ont été envisagées (1). Toutefois, l'intégration de la psychiatrie et de la peine au sein d'un même établissement a soulevé de nombreuses difficultés (2). De plus les structures existantes ne sont pas de vraies structures mixtes mais plutôt des aménagements de la prise en charge du soin en prison ou une prise en charge spécifique au sein d'hôpitaux psychiatriques. La création de véritables structures spécifiques aux délinquants malades mentaux, à côté des prisons et des hôpitaux, constitue encore un défi à relever (3).

1. La prise en compte du soin en prison.

Les dispositifs de soins sont très divers. La prise en charge du malade peut se faire au sein des prisons grâce à la création de services ou structures spécifiques. Elle peut, lorsque l'état du malade ne permet pas une telle prise en charge au sein de l'institution carcérale, se faire au sein des structures hospitalières.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c/ France*, req. N°672631/01 (obligation de soins appropriés et de protection de la dignité du détenu dont l'état de santé est incompatible avec la détention) ; CEDH, 9 oct. 2007, *Saoud c/ France*, req. N°93075/02 ; CEDH, 24 oct. 2006, *Vincent c/ France*, req. N°6253/03

¹⁰² Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (JO, 25 nov. n° 0273).

- **Le maintien en détention.** Le malade mental peut aujourd'hui bénéficier d'une prise en charge psychiatrique au sein de l'établissement pénitentiaire.

La circulaire du 30 juillet 1967 a mis en place les centres médico-psychologiques régionaux installés sur une région pénitentiaire (CMPR). Cette circulaire qui a introduit pour la première fois en France, le traitement psychiatrique au sein des prisons, a été modifiée par une Circulaire de 1977 qui a créé les **services médico-psychologiques** régionaux (SMPR). A la différence des CMPR dans lesquels le personnel soignant était soumis à la subordination du chef d'établissement pénitentiaire, au sein des SMPR, une telle subordination n'existe plus. Il existe aujourd'hui vingt-six SMPR. Ces SMPR sont implantés dans les plus grandes maisons d'arrêt et sont aujourd'hui rattachées à un établissement hospitalier. Leur mission consiste dans la réalisation de consultations, et la prise en charge tant de soins ambulatoires que d'hospitalisations pour les personnes atteintes d'un trouble mental. Ils interviennent lors de l'entrée en prison, durant la détention mais aussi après en organisant un suivi post-carcéral.

Suite à la publication en 1993 d'un rapport inquiétant du Haut comité de la santé sur la question des soins en prisons, la loi du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale¹⁰³, la prise en charge sanitaire des personnes incarcérées a été transférée du service public pénitentiaire au service public hospitalier. Ce transfert a été le signe de l'apparition d'une nouvelle conception du soin en prison. A la suite de cette loi, l'administration pénitentiaire a aménagé des locaux spécifiques pour accueillir les malades et les équipes soignantes. Ces **unités de consultation et de soins** ambulatoires (UCSA) assurent en principe les soins somatiques et collaborent en pratique avec les SMPR pour les soins psychiatriques.

- **Le maintien en détention impossible.** Parfois, en raison de l'état psychiatrique de la personne incarcérée, la prise en charge au sein de l'établissement pénitentiaire devient impossible. Selon l'article D. 398 du code de procédure pénale, *« les détenus atteints de troubles mentaux ne peuvent être maintenus dans un établissement pénitentiaire. Au vu d'un certificat médical circonstancié et conformément à la législation en vigueur, il appartient à l'autorité préfectorale de faire procéder dans les meilleurs délais à leur hospitalisation*

¹⁰³ Loi n° 94-43 du 18 jan. 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale (JO, 19 jan.).

d'office dans un établissement habilité ». Dans ce cas, les intéressés font donc l'objet d'une hospitalisation à l'image de l'hospitalisation prévue pour les personnes déclarées pénalement irresponsables par la juridiction d'instruction ou de jugement.

L'hospitalisation peut avoir lieu dans le **service de psychiatrie du secteur** de l'établissement pénitentiaire. Les hôpitaux psychiatriques accueillent la majorité des détenus hospitalisés d'office.

Pour les malades les plus dangereux, ont été créées les **unités pour malades difficiles** (UMD) qui sont réglementée par l'arrêté du 14 octobre 1986. Il en existe aujourd'hui cinq en France (Montfavet, Villejuif, Sarreguemines et Cadillac et enfin Plouguernevel depuis 2008). Les malades mentaux concernés doivent présenter un état dangereux important pour l'ordre public et la sûreté des personnes. « *Le malade mental est fondamentalement spécifié par sa dangerosité¹⁰⁴* ».

Une conception nouvelle de la relation entre le soin et la prison semble donc avoir émergé depuis la fin de années soixante. Néanmoins, cette nouvelle idéologie semble ne pas avoir entraîné les résultats escomptés, souvent par manque de moyens. Le bilan reste encore insuffisant aujourd'hui.

2. Un bilan en demi-teinte.

Concernant les SMPR, le rapport Floch du 28 juin 2000, met l'accent sur le fait que cinq SMPR ne disposent toujours pas de lits d'hospitalisation (Nice, Rouen, Bois-d'Arcy, Châlons-en-Champagne et Châteauroux). Certains SMPR comme celui de Lyon ont une capacité d'accueil insuffisante, d'autres ont des difficultés en matière de consultations et de suivi ambulatoire (Fresnes et Caen). Le rapport du Sénat sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France du 29 juin 2000¹⁰⁵ estime que « *dans la pratique, ces SMPR ne sont pas en nombre suffisant pour " gérer " la maladie mentale en détention* ». Par ailleurs, cent soixante et un établissement pénitentiaire ne disposent pas de SMPR. Les

¹⁰⁴ *Les unités pour malades difficiles*, J.- L. Senninger, V. Fontaa, Criminologie et psychiatrie, p. 671.

¹⁰⁵ *Rapport de commission d'enquête du 29 juin 2000 n°449 : Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, J.- J. Hyst, G.- P. Cabanel.

SMPR, qui ont une mission régionale, doivent en principe accueillir les détenus de l'ensemble des établissements de la région. Mais en raison du manque de lits et de moyens suffisants cette prise en charge reste illusoire. Donc pour ces établissements les soins psychiatriques sont assurés par l'équipe du service psychiatrique du secteur. Mais en raison toujours du manque de moyens, seuls les soins urgents sont en réalité pris en charge par ces équipes, le suivi psychiatrique étant alors assuré par les UCSA, en principe en charge de soins somatiques!

Les UMD quant à elle, en raison de leur faible nombre et là aussi, de leur capacité d'accueil réduite (450 places pour toute la France) faute de moyens mis en œuvres, ne constituent pas non plus une solution pleinement satisfaisante. A cela s'ajoute la diversité des profils des individus pouvant y être admis. Les UMD ne constituent pas, à proprement parler, des structures mixtes spécifiques aux délinquants malades mentaux. Ils reçoivent aussi des malades *lambda* internés en hôpital psychiatrique et placés par la suite en UMD car trop dangereux pour rester dans un service normal de psychiatrie générale. Un autre type de personne concernée est celui des personnes ayant commis une infraction mais déclarées, quant à elle, pénalement irresponsables sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 122-1 du code pénal. Les personnes incarcérées et souffrant d'un trouble mental ne constituent en réalité qu'une minorité de la population de ces UMD dont le critère de prise en charge est plus la dangerosité que l'origine du malade. « *Loin d'être réservées aux malades provenant des lieux de détention, elles sont appelées à recevoir l'ensemble des personnes, placées en hôpital psychiatrique, dont le comportement est considéré comme dangereux* »¹⁰⁶ . .

3. La création de structures spécialisées.

Cette idée de structures adaptées au cas des délinquants malades mentaux n'est pas nouvelle. Elle a émergée au Royaume Uni où est apparue la nécessité de distinguer les délinquants malades des autres délinquants et des autres malades non délinquants. Une section spéciale est créée pour ce faire en 1816, au sein de l'asile de Bethleem.

En France cette idée a été portée par Georget qui demandait dès 1828 la création

¹⁰⁶ *Ibid.*

d'asiles spécifiques aux délinquants. En 1840 est créée la sûreté de l'hôpital de Bicêtre ayant vocation à accueillir les aliénés criminels et les malades mentaux dangereux. Quant aux malades mentaux responsables incarcérés, une évolution dans les sens de la séparation avec les délinquants normaux a été impulsée par la spécialisation entre 1876 et 1902 d'une partie de la prison de Gaillon en Normandie réservée aux criminels devenus malades.

Aujourd'hui encore l'idée de créer des « hôpitaux-prisons » ou des « prisons-hôpitaux » fait débat. Ainsi du Docteur Delteil qui s'est demandé « *ce que l'on attend pour créer des structures spécifiques pour la prise en charge de ce type de malade*¹⁰⁷ ». La Commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels considère elle aussi, mais spécifiquement aux auteurs d'infractions sexuelles, qu'« à l'instar de certains modèles étrangers la France devrait développer des expériences d'établissements pénitentiaires ou indépendants du secteur pénitentiaire, médicalisés ou au contraire non médicalisés, chargés d'accueillir, dans les conditions de sécurité nécessaires, les auteurs de crimes sexuels ». La réforme du code pénal de 1992 a été l'occasion de débats à ce sujet. Le Sénat avait proposé, comme nous l'avons indiqué, la création d'établissements spécialisés. Cette proposition n'avait pourtant pas été retenue.

C'est finalement la loi du 9 septembre 2002¹⁰⁸ qui a envisagé la création des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) qui seront, au sein des hôpitaux, des unités dédiées à la prise en charge des personnes détenues présentant des pathologies psychiatriques. Ces structures offriraient des garanties de soins et de sécurité qui font souvent défaut dans les services psychiatriques classiquement rattachés au milieu pénitentiaire. Les SMPR ne subsisteraient alors plus qu'à titre transitoire, les UHSA ayant vocation à assurer la prise en charge de la totalité des détenus nécessitant des soins psychiatriques. Néanmoins, la première de ces unités devait être prête pour la fin de l'année 2009 à Lyon-le-Vinatier. En 2005, le Ministre de la Santé et des solidarités X. Bertrand annonçait la création totale de 700 places d'ici 2010. Or aucune UHSA n'est aujourd'hui opérationnelle. Ce retard peut trouver son explication dans le coût financier important généré par la construction de telles unités, la création d'une UHSA de 60 lits, hors plan

¹⁰⁷ Intervention de Pierre Delteil, citée dans *La maladie mentale et le délinquant, Discours de la folie dans l'institution pénale*, C. Camus-Chriqui, thèse, 2004, Paris II.

¹⁰⁸ Loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (dite « loi Perben I »), (JO, 10 sept.)

médical, mobilier et coûts de sécurisation représentant 10 à 11, 4 millions d'euros

La réticence à créer de tels établissements spécifiques aux malades mentaux est bien donc bien réelle. Elle est d'ailleurs encore plus flagrante depuis l'arrêté du 24 août 2000 créant des unités hospitalières sécurisées interrégionales. Ces unités sont destinées aux personnes incarcérées souffrant de pathologie somatiques. Cette avancée dans la prise en compte de la maladie somatique des personnes condamnées vient un peu plus mettre en lumière le retard observé en matière de troubles psychiatriques.

Malgré ces difficultés, la nécessité de soigner le délinquant malade mental, tant pour lui-même que pour la Société dans son ensemble, est aujourd'hui acquise. Toutefois, face à cette exigence semble aussi s'accroître la peur du malade mental considéré comme particulièrement dangereux. La neutralisation du danger qu'il est censé représenter est devenu un enjeu majeur pour l'opinion publique et la politique pénale. La dangerosité avancée du malade mentale impliquerait-elle qu'il réponde pénalement de ses actes et ce, peut être même plus que les délinquants sains d'esprit ?

PARTIE 2. SANTE MENTALE ET DANGEROSITE.

Le droit pénal semble ne plus être uniquement une réponse sociale à un désordre créé par un Homme doté de discernement et du contrôle de ses actes. Il a tendance, de plus en plus, à être réactif aux faits divers et à intervenir en raison d'un danger potentiel dans une optique plus préventive que répressive. Mais la prévention peut parfois cacher une répression rigoureuse. La dangerosité est au centre de cette orientation. Son utilisation croissante nécessite aujourd'hui de se demander si l'irresponsabilité pénale du « fou » fondée sur le défaut d'imputabilité et le fondement humaniste de la responsabilité pénale, n'est pas aujourd'hui remise en cause (**Chapitre 1**).

Par ailleurs, même en écartant cette crainte, il semble que la dangerosité soit le vecteur d'une pénalisation croissante de la santé mentale. Si dans le principe la responsabilité pénale du malade mental reste, fort heureusement, soumise à l'exigence d'imputabilité, la situation de ce dernier est marquée par un investissement croissant du droit pénal (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. Dangerosité et responsabilité.

Le « fou » est de plus en plus considéré comme dangereux. Sa dangerosité avancée paraît influencer le régime de sa responsabilité pénale (**Section 1**).

La mise en avant de la dangerosité du « fou » a soulevé de nombreuses interrogations notamment quant au respect des principes humanistes de la responsabilité pénale (**Section 2**).

Section 1. La montée en puissance de la notion de dangerosité.

Cette notion multidimensionnelle et peu précise (§1) connaît, depuis la fin du XXème siècle, un renouveau certain (§2).

§1. La notion de dangerosité.

Appliquée à la maladie mentale, elle a plusieurs sens (A). Son usage est connu de l'ensemble du droit pénal et n'est pas uniquement lié aux « fous », même si la relation entre la folie et la dangerosité est particulière (B).

A. Une notion polysémique.

La notion de dangerosité ne connaît de définition ni en droit ni dans le langage courant alors qu'elle est utilisée dans un domaine comme l'autre (1). Ce défaut de définition s'explique par la complexité du concept de dangerosité qui peut recouvrir plusieurs réalités (2).

1. L'absence de définition.

La notion de dangerosité n'est présente en droit positif que depuis peu. C'est la loi du 12 décembre 2005, relative au traitement de la récidive des infractions pénales¹⁰⁹ qui en a fait mention pour la première fois en en faisant l'une des conditions du placement sous surveillance judiciaire¹¹⁰ et sous surveillance électronique mobile¹¹¹ des personnes libérées après exécution d'une peine privative de liberté. Néanmoins, la notion de dangerosité ne fait l'objet d'aucune définition dans les textes de loi, pas même la loi de 2005. Les dictionnaires généraux tels que le Littré ou le dictionnaire « Trésor de la langue française » édité par le CNRS ne font pas plus allusion à ce néologisme.

Il est possible toutefois de trouver des notions proches voire synonymes susceptibles de

¹⁰⁹ Loi n° 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales (JO, 13 déc. n° 289).

¹¹⁰ Art. 723-31 C. Pr. Pén.

¹¹¹ Art. 763-10 C. Pr. Pén.

nous éclairer. Ainsi du terme « nocuité ». Le dictionnaire Trésor de la langue française le présente comme un synonyme rare de la notion de nocivité qui elle-même est définie comme « *le caractère de ce qui est nuisible à la santé* » et au sens figuré, comme « *le caractère de ce qui est dangereux pour la santé intellectuelle ou morale de l'individu* ». Nocuité et dangerosité sont dès lors très liées. Il est possible d'en déduire que la dangerosité est « nuisible », « nocive ». Mais cette déduction permet seulement de s'approcher de la notion de dangerosité sans fournir de définition satisfaisante. La carence en la matière n'a pourtant pas empêché le législateur en 2008 de faire à nouveau référence de façon explicite à la notion de dangerosité en en faisant notamment une des conditions de l'application du régime de la rétention de sûreté, mesure phase de la loi du 25 février¹¹². Mais pas plus qu'en 2005, la législateur n'a pris le soin de définir de façon précise cette notion.

2. Une « notion protéiforme et complexe »¹¹³.

La dangerosité est très difficiles à définir car « *les approches de cette question sont multiples et parfois contradictoires* » selon les termes du rapport d'information du Sénat du Sénat du 22 juin 2006.¹¹⁴

C'est Garofalo qui, le premier en 1878, s'est intéressé au concept de dangerosité ou plus précisément à la notion de « témébilité ». Il la définissait comme la « *perversité constante et agissante d'un délinquant et la quantité de mal que l'on peut redouter de sa part* ». Selon Garofalo, l'évaluation de la dangerosité ne pouvait se faire sans enquête sociale ce qui amenait déjà à envisager deux dimensions de la notion : une part individuelle, et un aspect environnemental. Christian Debuyst¹¹⁵ a proposé une définition intéressante de la dangerosité qui rejoint l'approche bidimensionnelle de la dangerosité. Selon lui, la

¹¹² Loi n° 2008-174 du 25 fév. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO, 26 fév. n° 0048)

¹¹³ *Les nouvelles mesures de sûreté post-carcérales instituées par la loi du 25 février 2008 pour prévenir la récidive des criminels les plus dangereux*, Dorothee Bourgault-Coudeville, Lexbase Hebdo n° 305, Edition privée générale, p3.

¹¹⁴ Rapport d'information de MM. PH. Goujon et Ch. Gautier, fait au nom de la commission des lois, de la mission d'information et de la mission d'information de la commission des lois, « Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale? », du 22 juin 2006, n° 420

¹¹⁵ *Dangerosité et justice pénale, Ambiguïté d'une pratique*, C. Debuyst et al., Paris-Genève, Médecine et Hygiène, « Déviance et société », 1981.

dangerosité peut être définie à la fois comme la « *probabilité pour une individu de commettre une infraction contre les personnes ou contre les biens* » mais aussi comme « *la probabilité que présente une situation de donner lieu à des comportements de ce genre* ». Cette double définition met elle aussi en avant le double visage de la dangerosité, à la fois individuelle et sociale.

Ces deux aspects correspondent en fait aux définitions psychiatriques et criminologiques de la dangerosité. La dangerosité psychiatrique est définie par le rapport Lecerf du Sénat du 23 janvier 2003, comme le « *risque de passer à l'acte à un moment donné en raison de troubles mentaux*¹¹⁶ » c'est dire la « *manifestation symptomatique liée à l'expression directe de la maladie mentale* ». Dans son acception criminologique, elle est définie par le rapport précité repris par le rapport Fenech de l'Assemblée Nationale du 12 déc. 2007¹¹⁷, comme « *un phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens* » c'est-à-dire « *le grand risque pour la personne condamnée de commettre une nouvelle infraction après sa libération* ». L'évaluation de l'état dangereux se confond alors avec le pronostic de la réitération et de la récidive. Le rapport Burgelin de la Commission Santé-Justice de juillet 2005¹¹⁸ propose par ailleurs de distinguer la dangerosité criminologique, selon qu'elle est en milieu ouvert ou fermé. Selon ce rapport, « *la bonne adaptation à l'univers carcéral ne saurait être le gage d'une absence de dangerosité en milieu libre. De fait, des détenus présentant un pronostic élevé de récidive, comme ceux condamnés pour des infractions à caractère sexuel, peuvent avoir un bon comportement en prison sur le plan de la discipline ; inversement, la réaction à l'emprisonnement peut se traduire chez certaines personnes par un rejet des règles et de la hiérarchie, attitude qui, pour autant n'est pas forcément le signe d'une dangerosité criminologique en milieu ouvert. [...] Aussi relative que plurielle, cette notion est complexe.* ».

A la lecture des travaux parlementaires relatifs à la loi de 2008¹¹⁹, la dangerosité doit

¹¹⁶ Rapport du Sénat, M.J.- R. Lecerf, fait au nom de la Commission des lois, 23 jan. 2008, n° 174.

¹¹⁷ Rapport de l'Assemblée Nationale, M. G. Fenech, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, 12 déc. 2007, n° 497.

¹¹⁸ Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin, 6 juil. 2005, « Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive ».

¹¹⁹ Loi n° 2008-174 du 25 fév. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour

être entendue au sens criminologique et non au sens psychiatrique du terme. La dangerosité doit alors se distinguer de la maladie mentale. La loi de 2008 fait référence, à une « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive » pour les personnes souffrant d'un « trouble grave de la personnalité ». La notion de dangerosité semble être entendue dans un sens strict (« particulière dangerosité »), axé sur le risque de récidive en référence à une définition criminologique, et limité au trouble grave de la personnalité¹²⁰.

Un lien est donc fait entre dangerosité, récidive et trouble grave de la personnalité. La dangerosité reste cependant un concept flou, qui mélange psychiatrie et criminologie même si l'accent a été mis sur la définition criminologique. Or, paradoxalement, c'est justement sur ce concept flou que psychiatres et juges semblent atténuer leur opposition. Cette opposition présentée dans notre première partie, peut à présent être résumée par les propos de F. Gros¹²¹ : « *deux sujets s'y affrontent, deux traditions de pensée : le sujet de droit, libre et responsable, le sujet médical, plus récent, irresponsable et déterminé* ». Or, selon ce même auteur « *entre le vieux sujet de droit (soutenu par la rationalité grecque) et le jeune sujet médical (fécondé par le triomphe d'une rationalité scientifique), s'est lentement constitué un homo oeconomicus qui se définit par ses virtualités définissables d'actes. L'Homme est un sujet à risques. Autrefois séparés par une morale de responsabilité, psychiatres et juges se trouvent aujourd'hui réunis par une politique de la prévention. Ce qu'on juge, ce qu'on punit, ce n'est plus un acte ou une âme criminels, c'est un noyau de dangerosité, un potentiel de risque* ».

L'accent mis sur la dangerosité n'est d'ailleurs pas spécifique à la maladie mentale et concerne aussi le délinquant normal, même si le « fou » est en général considéré comme particulièrement dangereux.

cause de trouble mental (JO, 26 fév. n° 0048).

¹²⁰ Les débats parlementaires ont permis de préciser que la « particulière dangerosité résultant d'un trouble grave de la personnalité » ne faisait pas référence à la notion de maladie mentale, mais vise la psychopathie. Voir notamment le rapport du Sénat n°174, *ibid*.

¹²¹ *Un nouveau punissable*, F. Gros, in Justice et psychiatrie : normes, responsabilité, éthique, C. Louzoun, D. Salas, Ramonville-Saint-Agne, Erès, 1997, p. 298.

B. Une notion non spécifique aux malades mentaux.

La dangerosité est depuis longtemps appréhendée par le droit pénal en général tant au travers des incriminations que de la répression pénales (1). Néanmoins, la dangerosité particulière des malades mentaux est régulièrement mise en avant (2).

1. Un droit pénal empreint de dangerosité.

- **Inflation législative.** Selon le rapport Burgelin¹²² reprenant les conclusions d'une étude comparative réalisée dans quinze pays de l'Union européenne¹²³, « *la notion de dangerosité occupe à l'heure actuelle un rôle prépondérant en matière de justice pénale au point de constituer l'un des critères sur lesquels les magistrats voire les autorités administratives, fondent leurs décisions portant sur la privation de liberté* ». Pour preuve l'activité florissante du législateur à ce sujet. Le début du XXIème siècle a, en effet, été très prolifique en lois et rapports sur la matière. Ainsi de la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales¹²⁴, de la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs du 10 août 2007¹²⁵, ou encore du rapport Burgelin lui-même intitulé « Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive¹²⁶, ou encore du rapport Garraud¹²⁷ relatif à la « Dangerosité et la prise en charge des individus dangereux. Cette inflation législative en la matière ne semble d'ailleurs pas terminée au regard de la toute dernière loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale¹²⁸.

¹²² Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin, 6 juil. 2005, « Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive ».

¹²³ Dominique GIOVANNANGELLI, Jean-Philippe CORNET, Christian MORMONT, *Etude comparative dans les 15 pays de l'Union européenne : les méthodes et les techniques d'évaluation de la dangerosité et du risque de récidive des personnes présumées ou avérées délinquants sexuels*, Programme STOP de la commission européenne, Université de Liège, septembre 2000.

¹²⁴ Loi n° 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales (JO 13 déc. n° 289)

¹²⁵ Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs (JO, 11 août. n° 185).

¹²⁶ Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin, 6 juil. 2005, « Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive ».

¹²⁷ Rapport sur la mission parlementaire confiée à J.- P. Garraud, déc. 2006« Dangerosité et la prise en charge des individus dangereux ».

¹²⁸ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale (JO, 11 mars. n° 0059).

- **La visée préventive du droit pénal.** A l'énumération de cette liste non exhaustive il est notable que la notion de dangerosité est intimement liée, dans l'esprit du législateur pénal aux notions de risque, de prévention ou encore de récidive. Toutes ces notions sont très liées et innervent l'ensemble du droit pénal. Nous avons observé que la dangerosité dans son acception criminologique est particulièrement liée à la notion de récidive, l'objectif du droit pénal étant alors de prévenir ce risque particulier qu'est la récidive. Mais le droit pénal est aussi attentif à de nombreux autres risques pour la Société, au-delà de la récidive. De façon générale, il ne vise pas uniquement à sanctionner un acte dommageable pour la Société, mais aussi dans la mesure du possible à le prévenir. Il le fait, par exemple, en incriminant la tentative à l'article 121-4 du code pénal, ou encore en créant des infractions formelles¹²⁹ ou obstacles afin d'appréhender la dangerosité au plus tôt, le long de *l'iter criminis*, c'est-à-dire en érigeant en infractions autonomes des comportements dangereux qui, souvent ne constituent que des actes préparatoires, et qu'il n'est pas possible de réprimer au titre de la tentative. La dangerosité apparaît plus que jamais au cœur des préoccupations du législateur qui, en 1992, a créé un chapitre entier du code pénal consacré à « la mise en danger de la personne ». Sur le plan de la sanction pénale, la même attention est portée à la prévention, à la dangerosité et au risque de récidive. La période de sûreté en est un premier exemple. Certaines peines en elles mêmes ont, par ailleurs, une portée préventive en visant à écarter le criminel dangereux en l'écartant du foyer criminogène. Ainsi des peines complémentaires telles que l'interdiction de séjour, de territoire ou encore la confiscation.

Le droit pénal a donc de façon générale et à côté de sa vocation rétributive première, une ambition préventive sensible à la dangerosité et au risque que peut comporter l'activité humaine. Cette dimension est cependant particulièrement notable pour un type particulier de sanctions : les mesures de sûreté.

- **Sûreté et prévention.** Selon le Professeur Mayaud¹³⁰, « la mesure de sûreté est une

¹²⁹ Ce sont des infractions indifférentes au résultat redouté. Les premières sont consommées même si le résultat redouté et inscrit dans l'incrimination ne se réalise pas (ex : pour l'empoisonnement, l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort suffit qu'il y ait eu ou non mort). Les secondes vont encore plus loin et n'indiquant même pas quel est le résultat redouté (ex : l'association de malfaiteurs).

¹³⁰ *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 du 21 fév. 2008*, Y. Mayaud, Recueil Dalloz, 2008, p. 1359.

mesure de prévention. Elle est orientée vers l'avenir alors que la peine est plutôt tournée vers le passé. Sa raison d'être est d'anticiper, par des dispositions adaptées, sur un risque sensible». Son fondement n'est pas, comme pour la peine, la réalisation d'une infraction pénale, mais la dangerosité. La mesure de sûreté, délaissée lors de la réforme du code pénal de 1992 qui a avait abandonné la notion au profit d'une sanction unique, la peine, connaît pourtant depuis plusieurs années un renouveau. Ce dernier trouve de nombreuses illustrations notamment dans la surveillance judiciaire ou le placement sous surveillance électronique mobile issus de la loi du 12 décembre 2005¹³¹, ou encore le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes créé par la loi du 9 mars 2004, dite Perben II¹³². La récente loi pénitentiaire du 24 novembre 2009¹³³ n'a d'ailleurs pas dérogé à cet engouement pour les mesures de sûreté en créant la toute nouvelle assignation à résidence avec surveillance électronique. La rétention de sûreté et la surveillance de sûreté de la loi du 25 février 2008¹³⁴ représentent, quant à elles, l'apogée de la mesure de sûreté dans sa dimension la plus extrême.

La notion de dangerosité irrigue donc l'ensemble du droit pénal dans sa dimension préventive. Elle conserve cependant un lien très fort avec la maladie mentale.

2. La question de la dangerosité particulière des malades mentaux.

Malgré l'intérêt général du droit pénal pour la dangerosité, le législateur est particulièrement enclin à établir une corrélation entre dangerosité et maladie mentale. En effet, les lois que nous avons citées pour illustrer l'attrait du droit pénal dans son ensemble pour les notions de dangerosité, risques ou prévention sont pour certaines, relatives aux malades mentaux. Pourtant les psychiatres, de façon générale, sont assez réticents à reconnaître une corrélation entre la criminalité et la maladie mentale. Le rapport Burgelin¹³⁵ faisait déjà état de cela en 2005 en citant une étude de M. Häfner et M. Böder¹³⁶

¹³¹ Loi n° 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales (JO, 13 déc. n° 289).

¹³² Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 d'orientation et de programmation pour la justice (dite « Loi Perben II »), (JO, 10 mars, n°59).

¹³³ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (JO, 25 nov. n° 0273).

¹³⁴ Loi n° 2008-174 du 25 fév. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO, 26 fév.).

¹³⁵ Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin, 6 juil. 2005, « Santé, justice et

selon laquelle « *le risque de passage à l'acte violent est sensiblement identique dans la population présentant une maladie mentale et dans la population en générale : les actes imputables aux personnes souffrant de ces troubles représentant 3% des actes violents et 5,6 des homicides [...]. Ainsi, l'opinion publique omet que les personnes atteintes de troubles mentaux sont aussi des sujets vulnérables, victimes d'autrui qui ont besoin d'être protégés et accompagnés* ».

Maladie mentale et dangerosité ne sont donc pas forcément corrélées. Cependant, malgré ce constat, il semble que la notion de dangerosité soit plus que jamais mise en avant en matière de maladie mentale.

§2. Le « succès » de la dangerosité.

La renouveau de la notion de dangerosité (B) traduit le regain d'intérêt pour des préoccupations plus anciennes visant à prévenir la Société de « l'Homme criminel » (A).

A. Une notion ancienne.

La notion de dangerosité n'est pas nouvelle. Elle remonte, sur le plan doctrinal, aux partisans de l'école positiviste et a traversé les siècles sans jamais vraiment disparaître (1). Le critère de la dangerosité connaît aussi des utilisations pratiques depuis plusieurs années (2).

1. Ancrage théorique de la notion de dangerosité.

- **L'école positiviste : la dangerosité comme fondement de la réaction sociale.** Nous avons déjà observé que le concept de dangerosité a été apporté au XXème siècle par Garofalo et s'est imposé avec le positivisme sous le nom de « témébilité ». Ce concept était déjà contenu dans un article publié en octobre 1878 par Garofalo dans le *Giornale*

dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive ».

¹³⁶ *Crimes of violence by mentally ill offenders*, H. HAFNER et W. BODER, Cambridge, University press, 1982.

napoletano di filosofia e lettere. La « redoutabilité » de G. Tarde¹³⁷, la périculosité de M. Ancel¹³⁸, la « dangerousité », « l'état dangereux » sont tous des mots parallèles.

La théorie positiviste, dont les tenants sont les italiens C. Lombroso et E. Ferri¹³⁹, en se fondant sur le concept de dangerousité, s'oppose radicalement à la théorie classique présentée en première partie. Là où la théorie classique a pour postulat le libre arbitre, la théorie positiviste postule le déterminisme. Que le fait soit imputable ou non au malade mental dont le discernement ou le contrôle des actes est obscurci, importe peu pour cette théorie qui considère que tout Homme est déterminé et ne peut, à proprement parler, être responsable. La question n'est pas posée en termes d'imputabilité ou de responsabilité, mais de dangerousité. La justice n'est plus fondée sur la punition des responsables mais sur la nécessité de réparer les dommages et d'en prévenir la réalisation.

- **Rôle du droit pénal.** Le droit pénal n'est pas là, selon cette théorie, pour apporter une réponse rétributive à une infraction mais pour prévenir la délinquance, un état dangereux, en mettant en place des mesures *ante delictum*. C. Lombroso et E. Ferri considèrent qu'est nécessaire la soumission des aliénés aux « *sanctions et mesures du droit pénal moderne fondé sur l'état dangereux du délinquant* »¹⁴⁰. Ainsi du « manicomie criminel » de E. Ferri qu'il avait imaginé comme une forme de coercition intermédiaire entre l'asile et la prison destinée à protéger la société des « *fous moraux* » dont « *l'intégrité du raisonnement* » masquait selon lui, « *une totale atrophie du sens moral* »¹⁴¹. Ce manicomie criminel, nous le verrons, ressemble étrangement à la nouvelle rétention de sûreté.

- **L'Homme criminel.** La réaction sociale à la délinquance est donc fondée, selon la théorie positiviste, non pas sur la faute mais sur la dangerousité. Or cette dangerousité est caractéristique, dans la pensée positiviste, des criminels nés ou par habitude. C'est sous l'influence de la philosophie d'Auguste Comte que la théorie positiviste s'est particulièrement intéressée à l'Homme et plus particulièrement à « l'Homme criminel ». Ses

¹³⁷ *La philosophie pénale*, G. Tarde, Paris? Masson, 1890.

¹³⁸ *La défense sociale nouvelle*, M. Ancel, 3^{ème} éd., 1981, Cujas, p. 29.

¹³⁹ *La sociologie criminelle*, E. Ferri, 2^{ème} éd., Alcan, 1914.

¹⁴⁰ *Code pénal annoté*, E. Garçon, t. 1, Paris, Sirey, édition mise à jour par Rousselet, Patin et Ancel, 1952, art. 64.

¹⁴¹ *La sociologie criminelle*, E. Ferri, 2^{ème} éd., Alcan, 1914.

gestes et sa pensée sont déterminés par sa constitution biologique ou par le milieu dans lequel il évolue et qui l'influence. Les premiers travaux sur cette question sont dus à C. Lombroso qui a développé la théorie du criminel né. Selon lui les criminels sont des personnes restées en retrait de l'évolution. Le phénomène criminel aurait selon C. Lombroso une explication biologique. L'école française, avec A. Lacassagne, sans nier cette thèse biologique, a introduit une explication sociale. Il n'y aurait pas de « *fatalisme ou de tare originelle* » mais une Société qui « *fait et prépare les criminels* ».

Plusieurs figures de l'« Homme criminel » existent. Le récidiviste notamment, fait l'objet de toutes les craintes et symbolise par excellence l'échec du système pénitentiaire dans ses trois missions : corriger le coupable, réparer le désordre social et servir d'exemple. Considéré comme incorrigible, le récidiviste a fait et fait toujours, l'objet de toutes les attentions et notamment des théories positivistes et des politiques du début du XXème siècle. Le récidiviste est la figure première de l'« Homme criminel ». Mais la récidive est plus la conséquence du mal que son origine. En cherchant de ce côté, une autre figure est symbolique de cet « Homme criminel » dans la théorie positiviste : le malade mental. Ainsi, selon cette dernière, « les personnes les plus dangereuses sont les criminels nés ou les criminels aliénés, comme le dément proprement dit ou le fou moral »¹⁴². Le fou est donc considéré comme particulièrement dangereux.

- **La succession de l'école positiviste.** Au début du XXème siècle, la succession de l'école positiviste fut assurée par le mouvement de défense sociale qui réclama contre les malades mentaux le prononcé de mesures de sûreté à caractère curatif en même temps que leur enfermement. C'est entre 1914 et 1940 que « *les victoires de l'école positiviste et de la défense sociale vont marquer les législations de très nombreux pays, en Europe et bien au-delà*¹⁴³ » avec des traductions parfois extrêmes. Le droit fasciste, le droit national socialiste, mais aussi la loi belge de défense sociale de 1930 en sont des illustrations.

¹⁴² *Traité de droit criminel*, R. Merle, A. Vitu, t. 1, 7^{ème} éd. : Cujas, 1997, n°75.

¹⁴³ *La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante*, J. Danet, Champ pénal / Penal field, Nouvelle revue internationale de criminologie, Vol. V, 2008, p. 3.

2. Utilisation pratique de la notion de dangerosité.

- **Dangerosité et sanctions.** Les thèses positivistes avaient trouvé une certaine application en France dans la loi du 27 mai 1885 dite Waldeck-Rousseau, qui avait institué la relégation des multirécidivistes. Ces derniers étaient envoyés en Guyanne ou en Nouvelle Calédonie pour la fin de leur vie dès lors qu'ils avaient fait l'objet de quatre condamnations successives pour vol. L'idée était d'éloigner le récidiviste par une mesure de protection sociale, afin qu'une fois libéré, il ne puisse « contaminer » le corps social. L'individu est alors jugé, non pas sur ce qu'il a pu faire, mais sur son état dangereux et sur ce qu'il est capable de faire.

Ces mesures de défense sociale ne sont pas isolées. Même s'il est beaucoup moins extrême, le droit pénal français a toujours été sensible aux théories positivistes sans y avoir jamais totalement adhéré. L'adhésion au principe des mesures de sûreté en est la meilleure illustration. Nous ne reviendrons pas ici sur la notion de mesure de sûreté foncièrement préventive. Notons seulement que le placement d'office en hôpital psychiatrique qui est régi par la loi du 30 juin 1838 relative à l'internement des aliénés, constitue une mesure de sûreté selon les termes mêmes du code de procédure pénale¹⁴⁴. Le malade mental reste donc irresponsable car non imputable dans le strict respect de la théorie classique. Néanmoins, le droit pénal français a toujours été influencé par la théorie positiviste en déclinant différentes mesures visant à prévenir la survenance d'infractions ou à protéger la société des individus dangereux, c'est-à-dire des mesures de sûreté. Si la maladie exclut la responsabilité, elle laisse subsister un état supposé dangereux vis-à-vis duquel il apparaît nécessaire de prendre des mesures appropriées.

Le législateur français s'est toujours, toutefois, montré réticent aux mesures de sûreté *ante delictum*. Le prononcé de mesures de sûreté est toujours adossé, en France, à la commission antérieure d'une infraction même si celle-ci n'a pas donné lieu à une condamnation (comme c'est le cas en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale). Les mesures de sûreté auxquelles la loi française a adhéré depuis longtemps ne peuvent donc trouver leur légitimité dans la seule dangerosité abstraite de l'individu ou de la situation. L'infraction à la

¹⁴⁴ Voir Livre quatrième, Titre XXVIII, Chapitre III « Mesures de sûreté pouvant être ordonnées en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », art. 706-135 C. Pr. Pén.

loi pénale reste, et cela est heureux, nécessaire, même si la dangerosité constitue le fondement de ces mesures.

- **Dangerosité et expertise psychiatrique.** L'inclusion de la dangerosité dans notre système pénal n'est pas spécifique aux sanctions pouvant être prise sur son fondement. L'intérêt du droit pénal pour la dangerosité était présent bien avant 2008, et notamment en procédure pénale. Cette affirmation repose sur la nature des questions que le juge peut poser à l'expert psychiatre et que nous avons déjà citées¹⁴⁵. Si l'expert doit d'abord répondre à la question de l'imputabilité et donc de la responsabilité de l'individu atteint de troubles mentaux, il doit ensuite par les trois dernières questions éclairer le juge sur la dangerosité de l'individu. L'expert doit déterminer si le sujet présente un état dangereux, puis s'il est accessible à une sanction pénale, et enfin s'il est curable ou réadaptable. Est donc ajoutée à la question de la maladie mentale et de la responsabilité pénale, celle de la dangerosité. La commission parlementaire dite « commission Outreau », à la suite de la commission Viout, a préconisé à cet égard, de distinguer les questions de la responsabilité et de la dangerosité. Celles-ci, selon la Commission, même si elles sont unies par le lien de la maladie mentale, restent radicalement différentes. L'enchevêtrement au sein du procès pénal de la dangerosité et de la responsabilité est, au sens de la Commission Outreau, problématique. La question de la dangerosité aurait souvent pour effet d'occulter celle de la responsabilité en assimilant l'état dangereux à la maladie mentale et de ce fait, en oubliant la vulnérabilité du malade mental qui peut justifier de moduler sa responsabilité.

Malgré l'ancrage visiblement ancien de la dangerosité dans le système pénal français et notamment dans l'approche qu'a le droit pénal de la maladie mentale, il est notable que les dernières années ont connu un réel engouement pour cette notion qui semble avoir atteint, aujourd'hui son apogée.

B. Une notion sur le retour.

Des critiques ont été faites à l'usage de la notion de dangerosité au cours du XX^{ème} siècle (1). Mais elles n'ont pas empêché son renouveau (2).

¹⁴⁵ Voir p. 35.

1. L'éclipse de la dangerosité.

- **La critique de la notion de dangerosité.** La seconde moitié du XXème fut marquée par la critique de la doctrine de la défense sociale. Elle fut l'œuvre notamment de l'école de la défense sociale nouvelle. Cette école connu un premier mouvement italien, avec le Comte F. Gramatica¹⁴⁶, qui mettait l'accent sur la défense du délinquant contre la société et sa resocialisation, et prenait donc le contre pied des théories positivistes et de défense sociale. En France, ce mouvement s'est développé sous la plume de M. Ancel¹⁴⁷. Cette école présentée comme étant plus humaniste, promeut une politique criminelle de prévention du crime mais passant par le traitement du délinquant et non son exclusion de la Société. Au sortir de la guerre et des régimes totalitaires, la protection de la dignité humaine, des libertés individuelles et du respect de la personne furent naturellement mis en avant et inspirèrent sans conteste les partisans de la défense sociale nouvelle. Ainsi s'exprimait M. Ancel à propos des Droits de l'Homme : « *On sait que le mouvement moderne de politique criminelle de défense sociale est né d'une réaffirmation des droits de l'Homme, de la dignité de l'être humain et de sa protection effective dans la communauté sociale. On sait aussi qu'il est la résultante à la fois du courant libertaire humanitaire de 1789 et de la tradition chrétienne dans sa vocation humaniste. C'est dire qu'il réintroduit, ou tout du moins qu'il maintient, dans le domaine de la politique criminelle, ces valeurs morales et même spirituelles que le positivisme avait tendance, sinon tout à fait rejeter ou à méconnaître, tout au moins à négliger*¹⁴⁸. ».

- **La survivance de la dangerosité.** Est-ce à dire que les idées positivistes sont totalement absentes de la doctrine de la défense sociale nouvelle ? Certains auteurs¹⁴⁹ estiment que « *la défense sociale nouvelle a moins rompu qu'on ne l'a dit avec la défense sociale* ». Il apparaît en effet que la défense sociale nouvelle, tout comme la défense sociale ou les positivistes, fonde la réponse de la Société à la délinquance sur la dangerosité de

¹⁴⁶ F. Gramatica, fondateur du Centre d'étude de défense sociale à Gênes en 1946.

¹⁴⁷ *La défense sociale nouvelle*, M. Ancel, 3^{ème} éd., Cujas, 1981.

¹⁴⁸ *Défense sociale*, M. Ancel, PUF, Que sais-je?, n° 220, 1985, p. 52.

¹⁴⁹ *La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante*, J. Danet, Champ pénal / Penal field, Nouvelle revue internationale de criminologie, Vol. V, 2008, p. 3.

l'individu qui nécessite des soins certes, mais plus généralement des mesures de sûreté. Il apparaît en fait que la logique de la dangerosité n'a jamais vraiment disparu. La dangerosité a connu, il est vrai, une éclipse en termes de politiques criminelles et de réponses législatives. Mais la logique de la dangerosité a semble-t-il subsisté jusqu'à aujourd'hui.

La loi du 25 février 2008¹⁵⁰ relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale semble néanmoins en avoir fait l'enjeu essentiel. La notion, même si elle n'a jamais complètement disparu, semble aujourd'hui prendre un nouvel essor.

2. Les raisons du renouveau.

- **Le rôle des crimes épouvantables.** Les faits divers, relayés par les médias ont en grande partie contribué à redonner son aura à la dangerosité. Les années 2000 ont été marquées par une série de crimes de nature sexuelle en général, et frappant souvent des enfants. Les siècles précédents ont connu de tels événements tragiques. Néanmoins, la fin du XXème siècle et le début du XXIème siècle ont été marqués par une propension du législateur à « réagir » à l'évènement avec une législation de faits divers, ainsi que par une utilisation médiatique et politique de ces affaires. La loi du 25 février 2008 en est une illustration frappante en ce qu'elle a été présentée comme une réponse politique directe à l'affaire Evrard relative à l'enlèvement et au viol le 15 août 2007 d'un enfant à Roubaix par un pédophile récidiviste seulement un mois après sa sortie de prison. Il est possible de citer par exemple l'article du *Nouvel Observateur* du 26 juin 2008 intitulé « Affaire Evrard. Lyon : l'hôpital pour pédophiles déjà en préparation ». La ministre de la Justice elle-même, Rachida Dati, s'est référé explicitement à ce drame lors de l'examen du projet de loi sur la rétention de sûreté et notamment lors de son audition devant la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République du 11 décembre 2007 : *« Après la détention, certains criminels pédophiles sont encore dangereux. Ils peuvent de nouveau passer à l'acte, comme cela avait été le cas de Francis Evrard. Avec les nouvelles dispositions, ils resteront sous contrôle de la justice tant qu'ils ne se seront pas soignés et ils seront placés dans des centres fermés »*.

¹⁵⁰ Loi n° 2008-174 du 25 fév. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO, 26 fév.).

L'affaire Dupuy relative au meurtre en 2004 de deux infirmières de l'hôpital psychiatrique de Pau par Romain Dupuy ayant bénéficié, trois ans plus tard, en août 2007 d'un non lieu pour raison psychiatrique, a elle aussi participé au mouvement législatif et politique ayant aboutit à la loi du 25 février 2008.

- **Le volet sécuritaire.** La réactivité politique et législative aux faits divers est ancrée dans un contexte sécuritaire plus large entretenu par un engouement médiatique, une utilisation politique et une demande sociale qui se nourrissent les uns les autres. Ce cercle vicieux auto-entretenu est du, selon V. Gautron¹⁵¹ à la transformation progressive du principe de précaution en un principe de suspicion généralisé. « *Si la peur provoque la précaution, la précaution provoque plus de peur et amène d'avantage l'individu vers son atomisation sécuritaire*¹⁵² » Selon V. Gautron, « *si nos gouvernants ne prennent pas de recul par rapport à la demande sociale de sécurité, nous risquons d'assister, impuissants, à la systématisation de programmes de lutte contre la délinquance intrusifs et complètement déconnectés de la commission d'infraction* ». Selon elle, ils doivent au contraire y répondre de façon responsable en rappelant que le risque zéro ne peut exister, que le système pénal ne peut répondre qu'imparfaitement aux attentes de la Société ce qui implique d'insister sur des politiques de prévention sociale et enfin, que la recherche de la sécurité qui est nécessaire, a pour pendant une moindre protection des droits fondamentaux. Cette réaction sécuritaire doit être reliée, selon J. -L. Senon¹⁵³ au renforcement de la peur de la maladie mentale, notamment des psychoses schizophréniques. Il reprend une étude de J. V. Roberts¹⁵⁴ selon laquelle la peur du crime est corrélée positivement avec les politiques de sur-répression pénale visant notamment les auteurs de crimes sexuels ou les récidivistes. Selon cette étude la peur du crime toucherait plus de 50% des suisses et des portugais, 45% des belges, 35% des français, 25% des canadiens et 20% des finlandais! Maladie mentale et criminalité font souvent l'objet d'amalgames dans l'opinion publique et dans les médias, le tout relayé comme à chaque fois par les réactions politiques et législatives. Une enquête

¹⁵¹ *De la société de surveillance à la rétention de sûreté*, Etapes, faux semblants, impasses et fuites en avant, V. Gautron, AJ Pénal, 2009, p. 53.

¹⁵² *Le nouveau contrôle social. Toile institutionnelle, normative et lien social*, M. Lianos, Paris, l'Harmattan, 2001, p. 165.

¹⁵³ *Troubles mentaux et prison*, J. -L. Senon, AJ Pénal, 2007, p. 155.

¹⁵⁴ *La peur du crime et les attitudes à l'égard de la justice pénale au Canada : bilan des dernières tendances*, J. V. Roberts, Rapport pour le ministre Solliciteur Général du Canada, Canada : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2001.

grand public de mai 2001 a fait apparaître à cet égard que la schizophrénie est associée à la folie dans 69% des cas, à la violence pour 16% et à la souffrance pour seulement 12%! 48% des français considèrent que les schizophrènes sont dangereux.

- **Risque de la folie pour la justice.** La folie en associée à la dangerosité dans l'opinion publique. Elle comporte aussi un risque bien compris pour la justice. Selon J. Danet et C. Saas¹⁵⁵, « *la prise de risque est assez évidente lorsqu'un fou récidive. Si ce dernier commet par ailleurs des actes violents sur lesquels les médias vont se focaliser, la justice aura à répondre de cette récidive de son client, qu'elle n'a pas su prévenir* ». Le « fou » est donc un « client à risque ». Ce constat n'explique certes pas la montée en puissance de la notion de dangerosité en elle-même mais peut justifier, pour les magistrats, une pris en compte excessive ou une exagération de l'état de dangerosité potentielle du malade à titre de précaution.

- **Rôle accru des victimes.** Ce dernier point procède de la même logique que les précédents. L'attention portée aux victimes depuis le dernier quart du XXème siècle ne fait qu'accentuer les considérations précédentes. Les revendications des victimes ne sont pas nouvelles mais leur prise en compte quasiment systématique et souvent démagogique est, quant à elle récente. La montée de la figure de la victime apparaît selon C. Protais et D. Moreau¹⁵⁶, à la fois « dans la mobilisation émotionnelle de l'horreur de la récidive des criminels et dans la mobilisation du sentiment de frustration de voir un crime « impuni » lorsqu'un non lieu a été prononcé ». Cette dernière frustration est, en outre souvent accrue par la confusion liée au terme non lieu. Le non lieu, dans l'esprit de beaucoup de victimes, n'est pas la décision signifiant qu'il n'y a pas lieu à poursuivre, mais la reconnaissance par la justice que le crime n'a pas eu lieu. Ces extraits de la lettre de la mère d'une victime au Garde des Sceaux en sont une illustration : « *Aucun crime ne doit être tabou pour la justice : le non lieu c'est l'occultation, la négation du crime. C'est le faire porter seul par les personnes les plus meurtries. [...] Le non-lieu exclut aussi la partie civile du nécessaire jeu social. Au lieu de jouer son rôle de médiateur, de solennel metteur en scène des débats dans la recherche de*

¹⁵⁵ *La fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale*, J. Danet, C. Saas, RSC, 2007, p. 779.

¹⁵⁶ *L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé*, C. protais, D. Moreau, Champ pénal : Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie, Vol VI, 2009.

la vérité et de la justice, la justice joue un rôle de barrage, d'écran, se fait « étouffoir ». Je me vois refusée la possibilité de dire ma douleur, de partager mon sentiment d'indignation et d'épouvante. Je me vois fermé l'accès à un lieu de parole, de confrontation, le seul lieu où j'aurais pu chercher à comprendre. S'il y a non-lieu, [...] comment ma fille sera-t-elle réhabilitée dans sa dignité?[...]. Je termine en disant mon violent sentiment d'injustice, de solitude, de vide vertigineux, d'impuissance devant une machine qui menace de s'arrêter avant que justice soit dite, seulement dite¹⁵⁷ » Cette double frustration (déception et confusion), fait l'objet aujourd'hui d'une attention particulière du législateur pénal et des politiques. Les revendications des victimes quant à la reconnaissance de leur souffrance et parfois même un certain désir de vengeance sont parfaitement compréhensibles. Néanmoins, leur reprise par le législateur ou la classe politique ne saurait être tolérée sans oublier que le procès pénal n'appartient pas aux victimes et a pour unique but la répression de l'atteinte à la loi pénale, à la Société, et non la thérapie ou la réparation du préjudice individuel. Malheureusement, trop souvent cela est oublié. Un exemple parmi tant d'autres peut être pris dans ce discours : *« La victime n'est pas le simple malade : c'est aussi la victime innocente qui croise la route d'un malade ! La Société doit lui rendre des comptes. J'ai été frappé en allant rendre visite, dans la Nièvre, à la famille de ce petit enfant de quatre ans et demi que l'on a découvert noyé et violé. Quand la famille m'a demandé pourquoi nous avons laissé un monstre s'installer près de leur enfant, je me suis dit que les victimes avaient, elles aussi droit à la parole et que nous devons en tenir compte!¹⁵⁸ »*. La loi du 25 février 2008 instituant la nouvelle déclaration d'irresponsabilité pénale fait même, selon le rapport Lecerf du Sénat du 23 janvier 2008, de l'attention portée aux victimes l'un des enjeux explicites.

Le renouveau de la notion de dangerosité en matière de répression pénale est aujourd'hui une réalité. La dangerosité influence la réponse pénale de façon générale. Mais nous avons démontré à quel point elle est présente dans le regard porté sur la maladie mentale, son traitement par le droit pénal, et la relation ambiguë qu'elle entretient avec la délinquance. Ce constat amène à se demander si la dangerosité n'est pas en passe de mettre

¹⁵⁷ Lettre de Marie Gourgault, mère d'une victime in *Non lieu pour une jeune fille morte*, Le Monde 17 jan. 1990, A. Logeart, cité dans *La maladie mentale et le délinquant, Discours de la folie dans l'institution pénale*, C. Camus-Chriqui, thèse, 2004, Paris II.

¹⁵⁸ Déclaration de Nicolas Sarkozy, alors Ministre de l'Intérieur en février 2007, devant l'Assemblée Nationale.

de côté la conception classique de la responsabilité vis-à-vis de la maladie mentale et d'affaiblir le principe de l'irresponsabilité des malades mentaux.

Section 2. Une exigence d'imputabilité atténuée par la dangerosité?

Les récentes lois répressives ayant trait aux personnes atteintes de troubles mentaux ont pu soulever quelques craintes quant au principe de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux. La nouvelle déclaration d'irresponsabilité pénale notamment a soulevé des interrogations. Néanmoins, une analyse attentive de la loi du 25 février 2008¹⁵⁹ permet de les atténuer. L'irresponsabilité des « fous » demeure (§1). Cette loi ainsi que le contexte dans lequel elle s'inscrit a toutefois réengagé un débat sur leur irresponsabilité et sur la nécessité de juger, voire de punir les personnes atteintes d'un trouble mental (§2).

§1. Une irresponsabilité de principe maintenue.

La loi du 25 février 2008 a institué une nouvelle déclaration d'irresponsabilité pénale venant remplacer le non lieu jugé désormais inapproprié (A). Cette nouvelle procédure a fait naître de nombreuses craintes. Allait-on juger les « fous »? (B).

A. La nouvelle décision d'irresponsabilité pénale.

La loi de 2008 a opté pour une procédure organisant une audience visant à établir la réalité des faits et créant une nouvelle décision d'irresponsabilité pénale (2) dans l'esprit des propositions et recommandations faites depuis le début des années 2000 (1).

1. La proposition : l'audience.

- **Le groupe de travail - 2003.** En septembre 2003 a été constitué un groupe de travail à l'initiative de Dominique Perben, alors Garde des Sceaux, afin de réfléchir sur d'éventuelles modifications des règles applicables aux personnes déclarées irresponsables sur le fondement de l'article 122-1 du code pénal dans un souci d'affermissement de la réponse judiciaire et de prise en considération des victimes. Ce dernier estimait alors qu'il était

¹⁵⁹ Loi n° 2008-174 du 25 fév. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO, 26 fév.).

nécessaire de prévoir en la matière « *un véritable débat judiciaire à forte valeur symbolique, tout en évitant une audience classique s'apparentant à un procès des fous* ». Le groupe de travail avait recommandé de créer une juridiction *ad hoc*, saisie à la demande des parties et dont la tâche serait de statuer sur l'imputabilité des faits et de prononcer si nécessaire des mesures de sûreté après non lieu définitif. Un appel aurait été possible devant une formation *ad hoc* de la Cour d'appel. Néanmoins, la loi du 9 mars 2004¹⁶⁰ n'a pas suivi cette proposition. Cette idée a toutefois été reprise dans les rapports qui ont suivi.

- **Le rapport Burgelin¹⁶¹ - 2005.** Par lettre du 22 juillet 2004, le Garde des Sceaux, a confié, à la Commission Santé-Justice, la charge d'étudier les voies d'amélioration de la prise en charge médico-judiciaire des auteurs d'infractions atteints de troubles mentaux ou présentant un danger potentiel. Le rapport Burgelin reprenait l'idée d'une audience publique devant une chambre spécialisée du tribunal de grande instance saisie par le juge d'instruction après avoir rendu son ordonnance de non-lieu et qui pourrait se prononcer sur l'opportunité de mesures de sûreté applicables soit après l'audience, soit en cas d'hospitalisation d'office à la fin de celle-ci.

- **Le rapport Garraud¹⁶² - 2006** Ce rapport recommandait lui aussi qu'une juridiction apprécie, en cas de non-lieu pour cause de trouble mental, l'imputabilité des faits. Cependant le rapport Garraud ne confiait pas cette mission à une instance *ad hoc* mais au collège de l'instruction ou à défaut à la chambre de l'instruction. Le principe de l'audience d'imputabilité semblait donc être acquis, le rapport Garraud concluant que « *le principe d'une audience d'imputabilité organisée après une décision de non-lieu à raison de l'irresponsabilité pénale du mis en examen est tout à fait fondé et doit être en conséquence retenu* ».

C'est fort de l'ensemble de ces éléments qu'un projet de loi a été déposé, le 28 novembre 2007, à l'Assemblée Nationale, par la Garde des Sceaux, Rachida Dati.

¹⁶⁰ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 d'orientation et de programmation pour la justice (dite « Loi Perben II »), (JO, 10 mars, n°59).

¹⁶¹ Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin, 6 juil. 2005, « Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive ».

¹⁶² Rapport sur la mission parlementaire confiée à J.- P. Garraud, déc. 2006 « Dangers et la prise en charge des individus dangereux ».

2. La réponse : la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

Le principe de l'audience est maintenu. Mais est écarté l'idée de la création d'une juridiction *ad hoc* jugée trop lourde et contraignante. Selon le rapport du groupe de travail de 2003, « *il incombe à l'autorité judiciaire non seulement de préserver les victimes, mais également d'assurer ses responsabilités en termes de prévention et de réitération* ». La loi a eu pour objectif affiché de reconnaître la douleur des victimes et de protéger les victimes potentielles d'un nouveau passage à l'acte, autrement dit d'une récidive. A cette fin, la loi a mis en place une nouvelle audience publique à l'issue de laquelle est prise une nouvelle décision.

- **Une audience.** Cette audience peut avoir lieu devant la chambre de l'instruction ou devant la juridiction de jugement.

Devant la chambre de l'instruction. Le juge d'instruction, lorsque son information lui paraît terminée, en avise le ministère public et les parties, en application du droit commun (art. 175 C. Pr. Pén.) à la différence qu'il doit aussi les informer du fait « *qu'il est susceptible d'appliquer le 1^{er} alinéa de l'article 122-1 du code pénal* ». Le parquet, dans ses réquisitions, et les parties, dans leurs observations, doivent alors indiquer s'ils demandent la saisine de la chambre d'instruction pour qu'elle statue sur l'irresponsabilité (art. 706-119 C. Pr. Pén.). Le juge d'instruction ordonne dans l'ordonnance de clôture que le dossier soit transmis par le procureur de la République au procureur général aux fins de saisine de la chambre d'instruction (art. 706-120 du C. Pr. Pén.). Cette transmission est soumise à deux conditions :

1. Il existe contre la personne des « *charges suffisantes d'avoir commis les faits reprochés* »,
2. Il y a des « *raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal* »

L'audience devant la chambre de l'instruction est **publique** (art. 706-122 C. Pr. Pén.) « *hors les cas de huit clos prévus par l'article 306* ». Ce principe de publicité n'est pas tellement nouveau car la loi du 8 février 1995¹⁶³ avait déjà prévu que dans le cas du trouble mental, la partie civile peut demander la publicité de l'audience en cas de comparution personnelle du mis en examen. La chambre de l'instruction ne pouvait s'y opposer qu'au nom de l'ordre public ou des bonnes mœurs (anc. art. 199-1, al. 2 C. Pr. Pén.).

¹⁶³ Loi n° 95-125 du 8 fév. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (JO, 9 fév. n° 34).

L'audience est par ailleurs **contradictoire**. L'article 706-122 du code de procédure pénale prévoit l'interrogatoire et l'audition de toutes personnes qui ont joué un rôle dans la procédure afin de déterminer si la personne est atteinte d'un trouble mental et s'il existe contre elle des charges suffisantes d'avoir commis les faits. Il s'agit tout d'abord du mis en examen lui-même. Sa comparution peut avoir été décidée d'office ou sur la demande du parquet, de la partie civile ou du mis en examen lui-même. Toutefois, le président n'acceptera sa comparution que si son état de santé le permet. La personne mise en examen doit, par ailleurs, obligatoirement être assistée d'un avocat. Les experts ayant examiné cette dernière doivent aussi être entendus. Les témoins enfin peuvent l'être, mais seulement si leur audition « *est nécessaire pour établir s'il existe des charges suffisantes* ». Il s'agit d'une nouveauté par rapport à la loi du 8 février 1995 qui prévoyait déjà l'audition du mis en examen et de l'expert. Le Président n'est pas le seul à pouvoir poser des questions, ce droit étant aussi prévu pour le Procureur général et les avocats des parties.

A la fin de l'instruction d'audience, l'avocat de la partie civile puis le ministère public, prennent leurs réquisitions suivies par la présentation de ses observations par le mis en examen ou son avocat qui auront toujours le dernier mot.

Devant la juridiction de jugement. Dans ce cas le juge d'instruction a saisi la cour d'assises par une ordonnance de mise en accusation, et n'a donc pas considéré qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 122-1 alinéa 1^{er}. C'est alors au cours des débats devant la cour d'assise qu'est invoquée l'aliénation mentale comme moyen de défense. Devant le tribunal correctionnel enfin, on suppose à nouveau que le juge d'instruction ou le procureur de la République n'a pas considéré que l'intéressé était atteint d'un trouble mental. Le tribunal peut toutefois ne pas être de cet avis suite aux débats et aux éventuelles expertises.

- **Une décision à l'issue de l'audience.** Elle peut se décomposer en plusieurs étapes.

Reconnaissance de charges suffisantes. Cela correspond à la reconnaissance de la simple imputation des faits à la personne. La chambre de l'instruction « *déclare qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés* » (art. 706-125 1° C. Pr. Pén.). De façon très similaire, le tribunal correctionnel « *déclare que la personne a commis les faits qui lui étaient reprochés* » (art. 706-137, 1° C. Pr. Pén.). Devant la Cour d'assise, selon l'article 349-1 du code de procédure pénale, pour chaque fait spécifique visé dans l'ordonnance de mise en accusation, deux questions doivent être posées par le

président : « 1° *L'accusé a-t-il commis les faits?* 2° *L'accusé bénéficie-t-il pour ce fait d'une irresponsabilité* ». Le président peut, cependant, avec l'accord des parties ne poser que la seconde question.

Décision d'irresponsabilité pénale. Le juge d'instruction, tout d'abord, peut décider de ne pas transmettre le dossier à la chambre de l'instruction et rendre une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, et non plus une ordonnance de non lieu. La chambre de l'instruction, quant à elle, si elle estime qu'il existe des charges suffisantes et que l'article 122-1 alinéa 1^{er} peut s'appliquer, rend un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (art. 706-125 C. Pr. Pén.). La Cour d'assise rend un arrêt portant déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (art. 706-130 C. Pr. Pén.) à la place de la décision d'acquiescement et le tribunal correctionnel, un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (art. 706-133 C. Pr. Pén.) à la place de la décision de relaxe.

- **La décision sur les dommages et intérêts.** L'ancien non-lieu prononcé par la juridiction d'instruction ne permettait pas de statuer sur les dommages et intérêts. Depuis la loi de 2008, le nouvel article 706-125, 3° du code de procédure pénale prévoit que la chambre de l'instruction peut, si la partie civile le demande, renvoyer devant le tribunal correctionnel compétent afin qu'il se prononce sur la responsabilité civile. La chambre de l'instruction ne peut donc toujours pas se prononcer sur cette action civile. La nouveauté tient au fait que, si la partie civile pouvait déjà avant la loi de 2008 agir devant un tribunal civil ce qui impliquait d'engager une nouvelle action, c'est aujourd'hui le tribunal correctionnel lui-même qui peut statuer sur l'action civile sans avoir été saisi de l'action publique.

Le tribunal correctionnel, quant à lui, peut désormais statuer sur l'action civile (art. 706-133, 3° C. Pr. Pén.) alors qu'avant la réforme il ne pouvait se prononcer sur les demandes de dommages et intérêts que pour les infractions non intentionnelles (art. 470-1 C. Pr. Pén.). Quant à la cour d'assise, l'article 706-131 du code de procédure pénale se contente de renvoyer à l'article 371 du même code qui prévoyait déjà qu'elle statue sur les dommages et intérêts après s'être prononcée sur l'action publique. La Cour d'assise ne peut toutefois toujours pas elle-même statuer sur l'action civile.

Cette nouvelle procédure vise à répondre aux attentes des victimes vis-à-vis de la justice et à répondre au sentiment de frustration procuré par l'ancienne. Cette prise en compte de la victime n'a pu aller sans une intégration plus importante du malade mental au sein du procès pénal par l'établissement d'une audience spécifique d'imputabilité qui a pu avoir les traits, pour certains, d'un véritable procès des « fous ».

B. Les craintes : le procès des « fous »!

Même si dès 2003 le groupe de travail mandaté par le Garde des Sceaux s'est déclaré hostile à l'organisation d'une audience classique revenant à un « *procès des fous* », la nouvelle procédure visant à l'instauration d'un plus large débat judiciaire notamment sur la réalité des faits, a fait l'objet de nombreuses critiques qui ne permettent pas cependant d'emporter aujourd'hui la conviction. Les malades restent irresponsables et ne sont pas jugés.

- **Les craintes : l'imputabilité des « fous »?** En comparaison avec le non-lieu, la relaxe ou l'acquittement, la nouvelle déclaration d'irresponsabilité pénale opère une distinction nette entre l'imputabilité et l'imputation. En effet, avant la loi de 2008, par une même décision, le juge décidait de l'application de l'alinéa 1^{er} de l'article 122-1 du code pénal sans mettre l'accent sur la relation purement factuelle entre l'intéressé et les faits, c'est-à-dire l'imputation.

Depuis la loi de 2008, nous avons observé que les juges d'instruction ou de jugement doivent préciser respectivement, lors de l'audience, s'il existe des charges suffisantes que l'intéressé ait commis les faits ou s'il a commis les faits. Pour certains auteurs¹⁶⁴ le fait de dissocier au sein de la procédure l'imputabilité et l'imputation des faits, peut prêter à confusion et laisser penser que, si le malade est déclaré irresponsable faute d'imputabilité, il est néanmoins jugé au regard de la matérialité des faits. Cette analyse est relayée par la réticence à faire comparaître une personne atteinte d'un trouble mental. La personne atteinte d'un tel trouble peut être auditionnée ce qui n'est pas une nouveauté de la loi de 2008, cette

¹⁶⁴ *L'irresponsabilité pénale des malades mentaux face à l'hypothèse du droit pénal post-moderne*, A. Giudicelli, Revue pénitentiaire et de droit pénal, n° 4, 2007, p. 779.

possibilité étant prévue depuis 1995, si l'état de l'intéressé le permet, en cas d'appel d'une ordonnance de non lieu fondée sur le trouble mental. Les critiques qui peuvent être faites à cette audition sont donc plus anciennes et sont relatives à l'incapacité du malade à comprendre et participer à un procès même si « son état le permet ». Néanmoins, et cela est nouveau, le fait que les experts et surtout les témoins puissent être auditionnés a pu être perçu comme le signe d'une nouvelle évolution vers l'institution d'un procès des « fous » en rapprochant la nouvelle audience d'une audience classique.

- **L'irresponsabilité sauvegardée.** Contrairement aux présentations parfois alarmistes qui ont pu être faites de la procédure mise en place par la loi du 25 février 2008, cette dernière n'a pas eu pour effet de juger pénalement les personnes atteintes d'un trouble mental.

Tout d'abord sur un plan pratique, il faut noter que la constatation de la réalité des faits n'est pas, une nouveauté de la loi du 25 février 2008. En effet, la loi du 9 mars 2004 dite Perben II portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité avait intégré dans l'article 177 du code de procédure pénale un alinéa second selon lequel « *lorsque l'ordonnance de non lieu est motivée par l'existence de l'une des causes d'irresponsabilité pénale prévue par le premier alinéa de l'article 122-1 [...] elle précise s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés* ». La loi de 2008 ne constitue donc pas à proprement parlé une « révolution ». Par ailleurs, devant la juridiction de jugement, et notamment la cour d'assises, nous avons déjà observé que l'article 349-1 du code de procédure pénale prévoit que deux questions successives doivent être posées pour chaque fait lorsque est invoqué l'alinéa 1^{er} de l'article 122-1 du code pénal. La première relative à l'imputation (« *L'accusé a-t-il commis les faits?* ») et la seconde relative à la non imputabilité (« *L'accusé bénéficie-t-il pour ce fait de la cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article [122-1 al. 1 du code pénal] selon lequel n'est pas pénalement responsable la personne qui...* »). Ces deux exemples permettent d'affirmer que la loi du 25 février 2008 n'est que l'aboutissement d'une évolution plus ancienne visant à distinguer imputation et l'imputabilité, l'objectif étant de mettre en lumière la réalité des faits afin de satisfaire le besoin de reconnaissance des victimes.

Toujours sur un plan pratique, l'audience organisée pour permettre les auditions de l'intéressé, des experts et des témoins est plus contradictoire dès la phase de l'instruction,

mais elle ne constitue pas pour autant une révolution autant en termes de publicité que de contradictoire. Nous avons en effet déjà indiqué que le régime de ces auditions n'a été que partiellement modifié et seulement au stade de l'instruction.

Par ailleurs, d'un point de vue théorique, certains auteurs ont vu dans la nouvelle procédure un affaiblissement de la non imputabilité des malades mentaux du fait de l'importance accordée à ce que certains appellent « l'imputabilité matérielle », c'est-à-dire l'imputation. Cependant, le fait de distinguer les deux lors de l'audience a certes pour effet de mettre l'accent sur la réalité des faits, mais n'en affaibli pas pour autant le principe de non imputabilité. Au contraire, la différence marquée entre imputation et imputabilité par la loi de 2008 a permis de mettre en relief l'importance de l'imputabilité. Selon le Professeur Y. Mayaud¹⁶⁵, « *cette procédure donne sa force à l'imputabilité pour ne pas en dénaturer le principe tout en admettant que les faits puissent être reconnus dans leur dimension matérielle et dommageable. La reconnaissance des faits infractionnels ne contrarie en rien l'irresponsabilité sur le plan pénal. Il n'est pas question d'imputabilité mais d'imputation. Ce qui est en cause n'affecte plus l'ordre moral inhérent à la reconnaissance de la responsabilité pénale. Ce qui est en cause affecte simplement un lien causal entre les actes dont le constat est recherché et leur conséquence préjudiciable* ». « *Imputabilité et imputation sont dans une relation non seulement de différences juridiques légitime mais en plus de complémentarités juridiques utile*¹⁶⁶ ». Ces considérations rejoignent la nature juridique de la maladie mentale, cause de non imputabilité. Différente du fait justificatif, elle est personnelle à l'individu et n'efface pas le fait. Ce dernier subsiste et cela ne peut porter préjudice au principe de non imputabilité et par conséquent de non responsabilité.

La nouvelle décision d'irresponsabilité pénale s'apparente, en réalité, à une évolution plus terminologique que substantielle. Le « non-lieu », vécu par les victimes comme la négation, le déni du crime a laissé place à une décision déclarant l'irresponsabilité pénale de l'individu tout en reconnaissant formellement la réalité des faits. Cette modification terminologique, accompagnée de modifications procédurales visant à organiser une audience plus contradictoire, semblent plus répondre à une attente des victimes qu'à une volonté de rendre les malades mentaux plus responsables.

¹⁶⁵ *Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation*, Y. Mayaud, AJ Pénal, 2004, p. 303.

¹⁶⁶ *L'intention*, Cours du Professeur Y. Mayaud, Master 2 Recherche Droit pénal et science pénales, Université Assas Paris II, 2009-2010.

Il apparaît donc qu'à ce stade, la non imputabilité des personnes atteintes de trouble mental n'est pas remise en cause. La révolution dénoncée est en réalité plus une évolution dans le sens de la satisfaction des victimes que dans le sens de la responsabilité du malade mental s'appuyant sur sa dangerosité.

Néanmoins, si la nouvelle procédure n'écarte pas la non-imputabilité des personnes atteintes d'un trouble mental, elle a engendré, ou plutôt réactivé, un débat qui a remis au goût du jour l'idée de la responsabilité des malades mentaux. Plus encore, si le principe de l'irresponsabilité demeure, celui de la non-punissabilité est largement fragilisé par certaines des conséquences pratiques de la déclaration d'irresponsabilité pénale.

§2. Un équilibre défavorable aux malades mentaux ?

Avec la loi de 2008, nous l'avons observé, les grands principes demeurent pour les personnes atteintes d'un trouble ayant aboli leur discernement ou le contrôle de leurs actes. Néanmoins, la description de la nouvelle procédure suffit à mettre à jours les signaux que le législateur envoie dans le sens d'une prise en compte accrue de la victime. Il est sensible à la lecture de la loi que même si le « fou » reste irresponsable, l'esprit du régime n'est plus le même. La balance victimes / délinquants malades, si elle existe, penche désormais (et l'évolution n'est pas seulement due à la loi de 2008, nous l'avons vu) plus du côté des premières. Cette évolution, plus symbolique qu'autre chose, n'est toutefois pas anodine. En effet avec les dernières évolutions législatives se sont élevées des voix favorables à la responsabilisation des « fous ». Ne fallait-il pas juger les « fous »? Ne serait-ce pas, en réalité, bénéfique pour eux? (A).

A ce questionnement s'est ajouté le fait que sous couvert d'un principe de non-imputabilité maintenu, la nouvelle décision d'irresponsabilité pénale, est apparue, à certains égards, bien plus sévère vis-à-vis des délinquants irresponsables notamment au regard des mesures que le juge peut prendre à leur encontre. Irrresponsables, mais punissables? (B).

A. Responsabiliser les « fous »?

Le débat sur la nécessité de juger les malades mentaux n'est pas issu de la loi de 2008. Il l'a précédé largement. Mais la loi de 2008 avec la nouvelle décision d'irresponsabilité pénale a créé certaines ambiguïtés qui l'ont, en quelques sortes, relancé. Les partisans de l'existence d'un réel procès ne se comptent pas uniquement parmi les victimes. Cette thèse est aussi défendue par certains psychiatres, voire par certains malades ayant commis une infraction!

- **Punir pour soigner?** Pour certains, le procès pénal peut avoir un effet thérapeutique positif et peut même être la condition du processus thérapeutique. L'évolution de la psychiatrie semble aller aujourd'hui dans le sens de la responsabilisation et de l'autonomie des malades. Il est possible de penser notamment au développement des soins ambulatoires très éloignés de l'asile d'autrefois. L'absence de responsabilité pénale serait, pour certains auteurs, un obstacle à cette évolution, *« la responsabilisation du malade dans la démarche de soins [étant] difficilement compatible avec une irresponsabilité totale sur le plan pénal¹⁶⁷ »*. Selon M. Lemonde, *« à peu près tous les psychiatres admettent aujourd'hui qu'en décidant que le « dément » ne peut être jugé, on ôte au malade toute perspective de responsabilité et donc on réduit à néant ses chances de curabilité. Le fou est, au sens propre, anéanti dans la négation de son acte. Cet anéantissement le conduit à la mort psychique qui rend impossible toute démarche thérapeutique¹⁶⁸ »*. Le procès aurait donc des vertus thérapeutiques.

Il en serait d'ailleurs la condition notamment puisqu'il permettrait de confronter le sujet à la loi. *« Le non-lieu psychiatrique ne permet pas de confronter le patient criminel à la loi. N'oublions pas que l'enjeu est de l'ordre de la survie pour le psychotique prisonnier de son angoisse latente et déstructurante. Le priver de procès lui retire les seules limites sociales symbolisables¹⁶⁹ »*. Le non-lieu empêcherait que l'interdit violé soit posé de façon claire. Mettre le malade en face de cet interdit et de la loi serait alors une étape nécessaire dans

¹⁶⁷ *L'article 122-1 du code pénal ou comment ne fut pas résolu le paradoxe du fou criminel*, J. Ayme, Criminologie et psychiatrie, p. 564.

¹⁶⁸ *L'article 64 est-il incurable?*, M. Lemonde, RSC, juil.-sept. 1992, n° 3, p. 521.

¹⁶⁹ *Responsabilité pénale et conduite sexuelle perverse chez le psychotique*, M. -D. Benayoun, M. Benezech, Journal de Médecine Légale Droit Médical, 2000, vol. 43, n°5, p. 410.

son processus de soin empêchant l'intéressé de nier sa maladie.

- **Reconnaître un sujet de droit, voire un Homme.** Selon J. Ayme¹⁷⁰ « *lui refuser les conséquences de ses actes, c'est le maintenir hors les frontières de l'humain* ». Et P. Legendre d'ajouter, « *la non-reconnaissance du sujet de droit, surtout au stade de l'instruction où se joue le non-lieu sans que le sujet puisse contester la décision, est aujourd'hui considéré comme pouvant avoir « valeur de mise à mort subjective et signifier purement et simplement condamnation à la folie*¹⁷¹ ». L'irresponsabilité reviendrait à exclure l'individu de la Société. Le procès pénal a pour rôle de restaurer les équilibres après un trouble et notamment de rétablir l'équilibre social. La responsabilité vise à répondre de ses actes devant la Société afin de la réintégrer après en être sorti, en quelque sorte, en brisant le pacte social par l'infraction. L'irresponsabilité pénale, en excluant le malade du procès pénal, l'exclurait par le même coup de la Société. Ce droit au procès a été revendiqué par certains malades ayant fait l'objet de l'application de l'alinéa 1^{er} du code pénal. Ce fut le cas du philosophe L. Althusser qui, le 16 novembre 1980, dans son appartement de l'Ecole Normale, vers neuf heures du matin, croyant masser le cou de sa femme Hélène comme il en avait l'habitude alors qu'elle dormait, l'étrangla sur une crise de folie et la tua. Arrêté, puis placé d'office par le Préfet en hôpital psychiatrique, il fit l'objet, en février 1981 d'une ordonnance de non-lieu. Il revendiqua pourtant par la suite son droit à être jugé et à s'exprimer. Le non -lieu, « pierre tombale du silence » selon ses termes, a fait de lui un « *disparu* ». Ce silence il cherchera à le dépasser dans son livre *L'avenir dure longtemps*. « *Il est probable qu'on trouvera choquant que je ne me résigne pas au silence après l'acte que j'ai commis, et aussi le non-lieu qui l'a sanctionné et dont j'ai, suivant l'expression spontanée, bénéficié. Mais si je n'avais pas eu ce bénéfice, j'aurais dû comparaître. Et si j'avais dû comparaître, j'aurais eu à répondre. Ce livre est cette réponse à laquelle autrement j'aurais été astreint. Et tout ce que je demande, c'est qu'on me l'accorde ; qu'on m'accorde maintenant ce qui aurait pu être alors une obligation*¹⁷². »

A ce droit au procès revendiqué fait écho l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui dispose que « *toute personne a droit à*

¹⁷⁰ *L'article 122-1 du code pénal ou comment ne fut pas résolu le paradoxe du fou criminel*, J. Ayme, Criminologie et psychiatrie, p. 564.

¹⁷¹ *Le crime du caporal Lortie*, P. Legendre, Fayard, 1989.

¹⁷² *L'avenir dure longtemps*, L. Althusser, Paris : Stock/IMEC, 1992.

ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Enfin, au-delà du sujet de droit citoyen membre de la Société, l'appartenance du malade à l'Humanité elle-même serait mise en cause par l'irresponsabilité pénale et l'exclusion du procès. La responsabilité est caractéristique de l'Homme. Nous avons observé que la théorie classique voit dans le libre arbitre et le discernement, la caractéristique qui fait l'Homme. Nier la responsabilité au malade mental serait nier son appartenance à la nature humaine en le ramenant au statut de simple chose.

L'accueil croissant des thèses en faveur de la responsabilisation des malades mentaux depuis les années 90 et leur résurgence à propos de la loi de 2008 font par ailleurs écho à l'accroissement, en pratique, de la punissabilité des irresponsables.

B. Punir les irresponsables?

Le juge peut décider de prendre, à la suite de la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, des mesures de sûreté (1) qui, à certains égards, ont les traits de véritables peines (2).

1. Le prononcé de mesures de sûreté.

La décision d'irresponsabilité pénale peut être accompagnée de mesures de sûreté. Elle peuvent être prononcées par la chambre de l'instruction (art. 706-125, 4° C. Pr. Pén), la cour d'assise (art. 706-131 C. Pr. Pén.) ou le tribunal correctionnel (art. 706-133, 4° C. Pr. Pén.). Ce pouvoir n'est cependant pas donné au juge d'instruction qui ne rend qu'une « ordonnance d'irresponsabilité pénale » (art. 706-120, al. 2 C. Pr. Pén.). Les mesures pouvant être prononcées sont énumérées aux articles 706-135 à 706-140 du code de procédure pénale.

La première est l'hospitalisation d'office prévue à l'article 706-135 du code de procédure pénale. Depuis la réforme de 2008, l'hospitalisation d'office, nous le verrons, peut être prononcée directement par le juge dans sa décision portant déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

A côté de cette mesure traditionnelle, le juge peut désormais prononcer une série d'interdictions dont l'article 706-136 du code de procédure pénale énumère la longue liste. Ce sont, par exemple, l'interdiction d'entrer en relation avec une personne, l'interdiction d'exercer certaines activités, ou encore de paraître en certains lieux. Ces mesures sont encadrées. En effet, elles ne peuvent dépasser vingt ans en matière criminelle et dix ans en matière délictuelle sauf pour les délits punis de 10 ans d'emprisonnement pour lesquels la durée des mesures peut atteindre, comme en matière criminelle, vingt ans (art. 706-136, al. 1 C. Pr. Pén.). Ces durées correspondent à celles applicables au suivi socio-judiciaire (art. 136-36-1, al. 2 du code pénal). Par ailleurs, elles ne peuvent être prononcées qu'après expertise psychiatrique et ne peuvent constituer un obstacle aux soins dont la personne est susceptible de faire l'objet (art. 706-136 al. 2 C. Pr. Pén.). Enfin, leur durée peut être diminuée en cours d'exécution par la saisine du juge des libertés et de la détention en vue de leur levée ou de leur modification. Cette possibilité prévue par l'article 706-137 du code de procédure pénale est justifiée par le fait que les mesures de sûreté sont, par nature, modifiables, et que la personne ne peut faire appel de la décision.

2. Des mesures punitives?

- **Des mesures restrictives de droits et libertés.** Les mesures de sûreté pouvant être prononcées suite à la décision d'irresponsabilité pénale ont été critiquées à de nombreux égards.

Il apparaît tout d'abord que les garanties entourant leur prononcé et leur régime ne sont pas suffisantes pour emporter la conviction. En témoigne notamment, l'impossibilité de faire appel de l'ordonnance de la chambre d'instruction prononçant ces mesures. Nous avons observé que la possibilité pour l'intéressé de demander la levée de ces mesures ou leur réduction visait à atténuer cette violation du droit à un procès équitable. Mais le magistrat peut, bien entendu refuser cette demande. Or, en cas de rejet aucune nouvelle

demande ne peut être déposée avant six mois.

Par ailleurs, certains ont mis en avant leur ressemblance avec les peines. Il est tout d'abord possible de noter que la durée de la mesure varie en fonction de la gravité de l'infraction. Il en est de même pour les peines. Mais c'est surtout l'identité des mesures avec certaines peines prévues par le code pénal qui a soulevé la critique. Ainsi, il est possible de constater que les interdictions comprises dans les mesures de sûreté sont les mêmes que celles qui peuvent être prévues dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, peine prévue à l'article 131-36-1 du Code pénal. La similitude avec les « peines alternatives » de l'article 131-6 du Code pénal pouvant être retenues à la place de l'emprisonnement est, elle aussi, frappante. Enfin, leur méconnaissance est sanctionnée de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende selon l'article 706-139 du Code de procédure pénale! Cependant cet article ne s'applique que « *sous réserve de dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal* » ce qui signifie que ces véritables peines ne s'appliqueront que si l'état de l'individu s'est amélioré et qu'il n'entre plus dans le champ d'application de l'abolition du discernement de l'alinéa 1^{er}. Malgré cela le malaise est bien présent face à cette « transformation » de mesures de sûretés applicables à un aliéné en véritables peines. Est-ce ce malaise qui a fait insister le Conseil constitutionnel, lors de sa décision du 21 février 2008 relative à la loi du 25 février 2008, sur le fait que « *l'article 706-139 n'aura vocation à s'appliquer qu'à l'égard de personnes qui, au moment où elles ont méconnu les obligations résultant d'une mesure de sûreté, étaient pénalement responsables de leurs actes* » alors que la réserve de l'alinéa 1^{er} était déjà présente dans la loi.

A bien des égards, ces mesures peuvent être assimilées à des peines. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme consultée le 11 mars 2004 à propos des réflexions relatives à la loi de 2008 avait d'ailleurs déjà mis en avant le fait que certaines des « *mesures des sûretés prévues par les orientations prises par le groupe de travail formé en 2003 étaient incompatibles avec le principe de l'irresponsabilité pénale de la personne privée de libre arbitre* ».

- **L'hésitation jurisprudentielle.** Le 21 janvier 2009¹⁷³ le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur l'application dans le temps de la loi du 25 février 2008 pour des faits commis en 2007 par une personne atteinte d'un trouble ayant aboli son discernement. Les

¹⁷³ Voir Crim. 21 jan. 2009, n° 08-83.492, JurisData n° 2009-046740.

règles du conflit de lois pénales dans le temps veulent que les lois de forme sont d'application immédiate (art. 112-2 code pénal) alors que les lois de fond sont soumises au principe de non rétroactivité des lois plus sévères (art. 112-1 code pénal). Contre toute attente, la Cour a estimé qu'au regard du caractère contraignant des « peines prévues par l'article 706-136 du code de procédure pénale », la loi ne pouvait être rétroactive au regard du principe de légalité des délits et des peines. La Cour fait donc application du principe de non rétroactivité des lois de fond plus sévères en considérant les mesures en question comme des « peines » alors que le code les qualifie expressément de mesures de sûretés! Cependant, le 16 décembre 2009¹⁷⁴, la Chambre criminelle est revenue à une solution plus orthodoxe en appliquant immédiatement la loi du 25 février 2008 et en redonnant aux mesures leur qualification de mesures de sûreté et non plus de peines.

Ce retour à une solution plus « légale » ne suffit pourtant pas à faire oublier l'arrêt de janvier 2009. Il est probable, qu'à l'instar de l'arrêt du Conseil constitutionnel que nous allons analyser et qui a refusé la rétroactivité à la nouvelle rétention de sûreté, la Cour a souhaité, par cet arrêt, signifier son malaise face aux mesures de sûretés qui nous intéressent ici. En effet, et de nombreux auteurs le soulignent, ces dernières ont une portée punitive très poussée. Selon H. Matsopoulou, *« ces mesures, qui ont reçu le qualificatif de « mesures de sûreté » sont en réalité, des peines déguisées, de sorte que le « dément », hier insusceptible de se voir appliquer de telles interdictions, est désormais « puni », comme s'il était pénalement responsable »*. En les privant de la rétroactivité inhérente aux mesures de sûreté, la Cour avait cherché à limiter leurs effets en raison de leur capacité punitive. De nouveau, depuis décembre 2009, elles sont « mesures de sûreté ». Comme toutes les mesures de sûreté, elles sont fondées sur la dangerosité de l'individu et non sur la volonté de rétribuer. Mais au regard des développements précédents, il semble que l'importance donnée à cette dangerosité a poussé le législateur à prévenir le risque par des mesures peut être plus punitives que préventives.

La personne atteinte d'un trouble mental ayant aboli son discernement reste donc, dans le respect des fondements de la responsabilité, irresponsable pénalement. La dangerosité avancée du « fou » et les craintes qu'elle entraîne ont fait naître quelques

¹⁷⁴ Voir Crim. 16 déc. 2009, n° 09-85153.

appréhensions quant à la sauvegarde du principe d'irresponsabilité des « aliénés ». La loi du 25 février 2008 a été l'objet de toutes les craintes et spéculations à ce sujet en ayant pour finalité affichée de, non seulement prendre plus en considération les victimes mais aussi de prévenir les victimes potentielles de la dangerosité des personnes atteintes d'un trouble mental.

La nouvelle décision d'irresponsabilité pénale, perçue par certains comme un véritable « procès des fous » n'a cependant pas remis en cause le principe de l'irresponsabilité pénale. Plus qu'un procès, la loi a répondu par une sorte de « simulacre de procès » à visée thérapeutique pour les victimes. Néanmoins, la dangerosité présumée et mise en avant de ces derniers n'est pas restée sans effet. Les irresponsables le restent mais semblent plus punissables, même si cela résulte de mesures de sûretés. Le caractère particulièrement punitif de ces mesures renforce le sentiment de crainte vis-à-vis des malades mentaux et de leur « risque » auquel il faudrait répondre préventivement, et ce, bien au-delà de la réponse classique donnée par les mesures de sûreté à la dangerosité.

Cette « punissabilité croissante » est notable, voire choquante, puisqu'elle concerne des individus irresponsables. Elle l'est peut être moins pour les criminels anormaux mentaux, jugés responsables. Elle le devient néanmoins au regard de la force de la réponse pénale qui leur est réservée. La dangerosité n'est peut être pas le nouveau fondement des principes de la responsabilité des malades mentaux, mais elle semble devenir celui d'un retour affirmé du droit pénal et de la sanction pénale dans la maladie mentale.

CHAPITRE 2. Dangersité et retour du droit pénal.

La volonté de lutter contre la récidive et de prévenir la Société de la dangersité avancée des malades mentaux, si elle n'a pas remis en cause le principe de l'irresponsabilité des « aliénés », a néanmoins engendré une pénalisation de la situation des malades criminels par une intervention croissante du droit pénal. Le terme « pénalisation » désigne un accroissement de la sanction pénale et en particulier une « prisonnalisation » des malades mentaux, pour reprendre l'expression de V. O. Mouysset¹⁷⁵ (**Section 1**).

A cette pénalisation légale, s'ajoute l'accroissement du rôle du juge pénal dans la « punissabilité » du malade délinquant en général, et plus largement dans son appréhension par le droit pénal (**Section 2**).

Section 1. Pénalisation légale de la santé mentale.

La loi du 25 février 2008 signe l'aboutissement d'une politique pénale visant à prémunir la Société du danger potentiel qu'est censé représenter le malade mental délinquant. Avec la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté, le législateur est venu compléter l'arsenal « de sûreté » élaboré depuis le début des années 2000 principalement (§1). Mais plus qu'un simple complément, les nouveaux instruments et surtout la rétention de sûreté, représentent l'apogée des mesures de sûreté dont le caractère coercitif n'avait jamais été aussi développé auparavant (§2).

§1. Pénalisation et sûreté.

La loi du 25 février 2008 a créé deux nouvelles mesures de sûreté, la rétention de sûreté (B) et la surveillance de sûreté (C) dans la droite ligne des théories positivistes (A).

A. Les origines.

¹⁷⁵ *Contribution à l'étude de la pénalisation*, V. O. Mouysset, Thèse, Toulouse, 2006, n° 16, P. 34 à 35.

La nouvelle rétention de sûreté est l'illustration la plus frappante du renouveau des théories positivistes. En effet comment ne pas faire le lien entre la rétention de sûreté et le « manicomme criminel » de E. Ferri¹⁷⁶, forme de coercition intermédiaire entre la prison et l'asile visant à protéger la société des « *fous moraux* »? Le parallèle est tel que E. Ferri avait même imaginé des « commissions d'exécution pénale » composées d'experts anthropologues, du juge, de l'accusateur, du défenseur et du fonctionnaire administratif là où la loi de 2008 a créé des « commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté ».

La nécessité de créer un nouveau dispositif visant à écarter les délinquants malades mentaux les plus dangereux de la Société a été mise en avant par les trois commissions chargées de réfléchir à l'élaboration de la loi de 2008. Ainsi, la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin¹⁷⁷ préconisait la « prise en compte de la dangerosité par un suivi postérieur à l'exécution de la peine ». A cette fin la Commission proposait la mise en place de « centres fermés de protection sociale », mi-prisons, mi-hôpitaux. Cette mesure de sûreté en milieu fermé est justifiée par la Commission par l'insuffisance des mesures en milieu ouvert pour les délinquants les plus dangereux. Ces centres rejoindraient les trois préoccupations majeures de la commission : « *l'absence de toute connotation pénale, la mise à l'écart de la vie sociale et l'instauration d'un suivi des personnes enfermées* ». Après une étude poussée des systèmes étrangers, le rapport Goujon et Gautier¹⁷⁸ en 2006, rappelle que la « *dangerosité peut demeurer bien au-delà de l'exécution de la peine de prison* » et préconise lui aussi la mise en place d'unités spécifiques pour les délinquants dangereux atteints de troubles mentaux. « *Ces unités pourraient être « adossées » sur les unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) et pourraient constituer des unités hospitalières spécialement aménagées de long séjour* », qui privilégieraient, à l'inverse des centres fermés de protection sociale, une approche beaucoup plus médicalisée sous surveillance pénitentiaire.

¹⁷⁶ *La sociologie criminelle*, E. Ferri, 2^{ème} éd., Alcan, 1914.

¹⁷⁷ Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin, 6 juil. 2005, « Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive ».

¹⁷⁸ Rapport d'information de PH. Goujon et Ch. Gautier, fait au nom de la commission des lois, de la mission d'information et de la mission d'information de la commission des lois, « Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale? », du 22 juin 2006, n° 420.

Enfin, la rapport Garraud¹⁷⁹ a repris l'idée des centres fermés de protection sociale préconisée par le rapport Burgelin mais en prenant en compte les critiques dont ce dernier avait fait l'objet. La principale critique portait sur le fait de « *mélanger au sein de ces structures des personnes irresponsables pénalement et présentant une dangerosité essentiellement psychiatrique, avec des personnes pénalement responsables présentant une dangerosité criminologique*¹⁸⁰ ». Le principe de ces centres peut, en effet, déjà être soumis à des réserves. Les envisager pour des personnes pénalement irresponsable relèverait d'une rigueur hautement excessive et critiquable! Les centres fermés de protection sociale préconisés par le rapport Garraud ont donc été, quant à eux, réservés aux personnes ayant fait l'objet d'une condamnation et donc pénalement responsables.

La loi du 25 février 2008 constitue l'aboutissement de l'ensemble de ces réflexions en introduisant deux mécanismes : la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté.

B. La rétention de sûreté.

Cette mesure extrême consistant dans une privation de liberté de sûreté (2) est soumise à de strictes conditions, ne pouvant être prononcée qu'à « titre exceptionnel » (art. 706-53-13, al. 1^{er} C. Pr. Pén.) (1).

1. Les conditions.

- **La particulière dangerosité.** La personne doit présenter une « *particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elle souffre d'un trouble grave de la personnalité* » (art. 706-53-13, al. 1^{er} C. Pr. Pén.). Rappelons que cette dangerosité doit s'entendre d'une dangerosité criminologique c'est-à-dire liée au risque très élevé de récidive. Notons tout de même que malgré cela, le code établit aussi un lien entre la dangerosité et le « *trouble grave de la personnalité* ». La dangerosité conditionne la

¹⁷⁹ Rapport sur la mission parlementaire confiée à J.- P. Garraud, déc. 2006« Dangerosité et la prise en charge des individus dangereux ».

¹⁸⁰ *Ibid.*

réten-tion de sûreté ce qui est logique puisque la dangerosité, nous l'avons vu, est le fondement des mesures de sûreté. Elle conditionne d'ailleurs expressément le prononcé du placement sous surveillance judiciaire et du placement sous surveillance électronique mobile¹⁸¹. L'article 706-53-13 exige néanmoins une « *particulière gravité* », la réten-tion de sûreté représentant une mesure de sûreté « extrême » et unique car privative de liberté.

- **Une condamnation.** Le droit français a toujours été réticent aux mesures de sûreté *ante delictum* c'est-à-dire totalement détachées de la commission d'infractions antérieures. L'article 706-53-13 prévoit que la réten-tion de sûreté ne peut être prononcée qu'à l'encontre d'une personne ayant été condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans. A cette condition, le code en ajoute une relative à la nature de l'infraction commise. Ce ne sont, tout d'abord, que des crimes, et ces derniers doivent relever d'une particulière gravité. Le projet de loi ne visait que trois crimes : le meurtre ou l'assassinat, les tortures et actes de barbarie, le viol et ce, seulement lorsque la victime était un mineur de quinze ans. La loi est plus large mais toujours restrictive. L'enlèvement et la séquestration ont été ajoutés à la liste ; l'âge de la victime a été élevé à dix huit ans ; et enfin, les victimes majeures ont été intégrées mais seulement en cas d'assassinat ou pour les autres crimes cités, en présence d'une cause d'aggravation expressément visée. Notons que la toute récente loi du 10 mars 2010¹⁸² a elle aussi élargi le champ d'application de l'article 706-53-3 en intégrant dans les causes d'aggravation pouvant justifier une application aux victimes majeures, la cause générale d'aggravation qu'est la récidive!

Le champ d'application de la réten-tion de sûreté est donc subordonné à une double gravité de l'infraction, quant à la sanction prononcée et quand à sa nature. La tendance est néanmoins à son élargissement en admettant de nouveaux crimes et de nouvelles victimes.

- **Conditions de mise en œuvre procédurales.** La réten-tion de sûreté doit avoir été prévue par la juridiction de jugement. Selon l'article 706-53-13, elle ne peut être prononcée que si « *la cour d'assises a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la*

¹⁸¹ Voir art. 723-31 et 763-10 C. Pr. Pén.

¹⁸² Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir me risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale (JO, 11 mars. n° 0059).

personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté ». Cette condition a été prévue pour satisfaire l'article 5§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui dispose que « *nul ne peut être privé de sa liberté, sauf [...] s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* ».

La seconde condition a trait à la nécessaire recommandation de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. L'article 706-53-14 prévoit qu' « *au moins un an avant la date prévue pour leur libération* », la situation des condamnés doit être réexaminée par cette dernière qui devra évaluer leur dangerosité. Pour ce faire, l'intéressé est placé pendant au moins six semaines « *dans un centre spécialisé¹⁸³ chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts* » (art. 706-53-14, al. 2 C. Pr. Pén.). Suite à cette évaluation, la commission peut estimer que le condamné présente une « *particulière dangerosité* » et rendre un avis motivé en faveur de la rétention de sûreté. Néanmoins un tel avis est doublement subordonné : tout d'abord les obligations résultant de l'inscription de l'individu au FIJ AIS¹⁸⁴, ou d'une obligation de soins ou d'un placement sous surveillance électronique mobile doivent apparaître insuffisantes pour éviter une récidive, et ensuite, mais cela est un peu redondant, la rétention doit être le seul moyen de prévenir une telle récidive (art. 706-53-14, al. 4 et 5 C. Pr. Pén.). La rétention de sûreté est donc subsidiaire. Si la commission estime au contraire, que l'ensemble de ces conditions ne sont pas réunies, mais que l'intéressé lui paraît néanmoins dangereux, elle doit renvoyer le dossier au juge de l'application des peines qui pourra alors décider de l'opportunité d'un placement sous surveillance judiciaire.

Enfin, suite à un avis positif et motivé, la rétention doit être décidée par la juridiction régionale de la rétention de sûreté. Selon l'article 706-53-15 cette juridiction est saisie par le procureur général près la cour d'appel sur proposition de la commission pluridisciplinaire au moins trois mois avant la date de la libération du condamné. Cette décision doit par ailleurs être précédée d'un débat contradictoire avec l'assistance d'un avocat. Une contre expertise est de droit si elle est demandée par le condamné (art. 706-53-15, al. 2). La détention doit être « *spécialement motivée* » (al. 3) et ne peut donc se contenter de reprendre l'avis de la

¹⁸³ Ce centre est en fait le centre national d'observation de Fresnes.

¹⁸⁴ Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 d'orientation et de programmation pour la justice (dite « Loi Perben II »), (JO, 10 mars, n°59).

commission même si, en pratique, elle s'en inspirera nécessairement.

2. L'exécution de la rétention de sûreté.

- **La portée de la décision de placement.** La décision est « *exécutoire immédiatement à l'issue de la peine du condamné* » (art. 706-53-15, al. 4 C. Pr. Pén.). Des recours sont par ailleurs prévus devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté composée de trois conseillers de la Cour de cassation désignés pour trois ans par le premier président, et seulement ensuite, devant la Cour de cassation. Enfin, la mesure est valable un an (art. 706-53-16 C. Pr. Pén.) mais peut être renouvelée chaque année en cas d'avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté et dès lors que les conditions de l'article 706-53-14 sont toujours remplies. En théorie, la rétention de sûreté peut donc durer infiniment.

- **Le contenu de la rétention de sûreté.** Le projet de loi indiquait que la « *la mesure de rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressé en centre fermé en vue de sa prise en charge médicale et sociale* ». Plus aboutie, la loi dispose quant à elle que « *cette mesure consiste dans le placement de la personne intéressée dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposé de façon permanente une prise en charge médicale et sociale destinée à permettre la fin de cette mesure* » (art. 706-53-13, al. 3 C. Pr. Pén.). Ces centres ont donc une double finalité de neutralisation et de soins, là où le « manicomme criminel » des positivistes ne visait que l'élimination. Ces centres sont, en outre, placés sous la double tutelle du ministère de la Justice et du ministère de la Santé, l'administration pénitentiaire assurant la sécurité et la prise en charge sociale à travers les services pénitentiaires d'insertion et de probation, les services de santé fournissant, quant à eux, les prestations de soins nécessaires.

C. La surveillance de sûreté.

La surveillance de sûreté est le second instrument de sûreté créé par la loi de 2008 et qui était aussi préconisée par les rapports Burgelin, Goujon et Gautier, et Garraud en tant que « suivi de protection sociale ». Elle est prévue par l'article 706-553-19 du code de

procédure pénale.

Elle peut tout d'abord être prononcée comme alternative à la rétention de sûreté. Ainsi l'article 706-53-19 prévoit que la commission régionale de la rétention de sûreté peut ordonner un placement sous surveillance de sûreté pour une durée d'un an renouvelable. Les obligations liées à cette mesure sont les mêmes que celles prévues en cas de surveillance judiciaire (art. 723-30 C. Pr. Pén.) comme l'injonction de soins ou le placement sous surveillance électronique mobile.

En cas de méconnaissance de ces obligations faisant apparaître que la personne « *présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions prévues par l'article 706-53-13* », une procédure d'urgence a été mise en place par le dernier alinéa de l'article 706-53-19. Le président de la juridiction régionale peut alors ordonner en urgence le placement provisoire de la personne dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Des passerelles ont donc été prévues entre rétention et surveillance de sûreté.

Enfin, la surveillance de sûreté peut être prononcée à la suite d'une surveillance judiciaire ou d'un suivi socio-judiciaire. Le nouvel article 723-37 du code de procédure pénale instauré par la loi de 2008 autorise la prolongation des obligations prévues dans le cadre d'une surveillance judiciaire par le biais d'une surveillance de sûreté dès lors que l'intéressé a commis une infraction entrant dans le champ de la rétention de sûreté. Cela s'explique par le fait que la surveillance de sûreté est nécessairement limitée dans le temps (art. 723-29 C. Pr. Pén.). L'article 723-37 vient donc prolonger les effets de la surveillance judiciaire, par le prononcé d'une surveillance de sûreté, au-delà de cette limite. Cette procédure est toutefois soumise à une expertise constatant la « *persistance de la dangerosité* » et au même caractère de subsidiarité que la rétention de sûreté. Le nouvel article 763-8 du Code de procédure pénale, quant à lui, permet de prolonger les obligations prévues dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire au-delà de la durée initialement prévue par la juridiction de jugement et des limites prévues par l'article 131-36-1 du code pénal, en plaçant l'intéressé sous surveillance de sûreté pour une durée d'un an renouvelable.

§2. Pénalisation et encadrement.

La loi de 2008 représente non seulement le retour en force des mesures de sûreté, mais aussi leur paroxysme avec la rétention de sûreté. Cette privation de liberté de sûreté a soulevé de nombreuses critiques tant sa dimension punitive est criante (A). Sa nature même de mesure de sûreté a été contestée. Le Conseil, confirmant la qualification de mesure de sûreté adéquate, nécessaire et proportionnée, en a néanmoins fortement limité la portée dans sa décision du 21 février 2008, prenant acte de sa dimension particulièrement punitive (B).

A. Approche critique.

Deux questions font l'objet de la majorité des débats relatifs aux nouvelles mesures prévues par la loi de 2008 et surtout la rétention de sûreté. La première concerne la justification d'une telle mesure, son utilité (1). Mais même si elle est considérée comme légitime, cette atteinte unique aux libertés individuelles pose la question de son encadrement face aux risques d'excès qu'elle présente (2).

1. Une mesure légitime?

- **Une légitimité comparée.** « *Doit-on rappeler - ce qui fut peu évoqué par les opposants au projet de loi - que plusieurs législations européennes ont créé un instrument analogue ou très proche comme les Pays-Bas, la Belgique, l'Angleterre, la Suisse et l'Allemagne, où systématiquement la mesure est à durée indéterminée?*¹⁸⁵ ». Face aux appréhensions provoquées par la rétention de sûretés, nombreux furent ses partisans, comme J. Pradel, qui avancèrent l'argument étranger. Chacun des rapports ayant précédé l'adoption de la loi a d'ailleurs consacré une partie de son raisonnement à une analyse des législations étrangères. Ainsi du rapport Burgelin qui s'est intéressé aux législations allemande et hollandaise : « *Ainsi, en Allemagne, le condamné est tout d'abord maintenu en détention après l'exécution de sa peine, le temps nécessaire à la disparition de sa*

¹⁸⁵ *Une double révolution en droit pénal française avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, J. Pradel, Recueil Dalloz, 2008, p. 1000.

dangerosité. Ensuite, un placement automatique sous contrôle judiciaire lui est systématiquement imposé, pendant une durée pouvant aller de deux à cinq ans. Aux Pays-Bas, les individus dangereux sont susceptibles de faire l'objet d'un placement dans un centre fermé relevant de l'administration pénitentiaire ». Et J. Pradel¹⁸⁶ de souligner par exemple que « *la Cour constitutionnelle allemande a décidé que le placement en détention d'un condamné ayant exécuté sa peine, afin de prévenir une récidive éventuelle, ne viole pas la dignité de l'homme car la société « est fondée à se défendre contre les criminels dangereux en recourant à des mesures de détention à durée indéterminée*¹⁸⁷ » ». Comment de tels procédés adoptés de longue date dans de véritables démocraties pourraient ne pas être efficaces dans la protection de la Société et la lutte contre la récidive?

A cela, les opposants à une telle mesure, mettent en avant les taux d'échec de telles structures à l'étranger en matière de lutte contre la récidive. Ainsi par exemple, V. Gautron¹⁸⁸ avance qu' « en Belgique, 47% des agresseurs sexuels internés dans les établissements de défense sociale récidivent dans les trois ans¹⁸⁹ »!

- **Une légitimité thérapeutique et de réintégration.** D'autres partisans mettent en avant la vertu thérapeutique de tel placements. La rétention de sûreté ne viserait pas seulement à protéger la Société en neutralisant le criminel dangereux mais permettrait aussi de soigner le malade. Par exemple Pierre Lamothe, chef du service médico-psychologique régional de Lyon avance que la rétention de sûreté doit être « un aménagement contrôlé pour le retour à la vie civile » dans lequel « les retenus plus encore que les détenus condamnés, doivent avoir accès à des soins, à des activités sportives, à une formation professionnelle¹⁹⁰. »

2. Une mesure encadrée?

- **De la conditionnalité de la mesure.** Nous avons observé que le législateur a

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Voir arrêt du 5 fév. 2004, BVerfG 2029/01, RSC 2004, 689.

¹⁸⁸ *De la société de surveillance à la rétention de sûreté, Etapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant*, V. Gautron, AJ Pénal, 2009, p. 53.

¹⁸⁹ *Criminalité et récidive*, P. Bessoles, PUG, 2007, p. 35.

¹⁹⁰ Rapport de l'Assemblée Nationale, G. Fenech, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, 12 déc. 2007, n° 497, p. 29.

multiplié les garanties procédurales et de fond à la mise en place d'une rétention de sûreté : conditions relatives à l'infraction, à la peine, caractère exceptionnel, procédure de décision... La plus intéressante semble être celle relative à la main levée de la décision de placement. L'intéressé lui-même peut, après trois mois, demander sa mise en liberté qui pourra lui être accordée par la juridiction régionale. La remise en liberté aura même lieu d'office si cette dernière n'a pas statué sous trois mois. En cas de rejet de la demande, une nouvelle ne peut être déposée avant ce même délai (art. 706-53-17 C. Pr. Pén.). Enfin la juridiction régionale peut, sans demande, y mettre fin d'office. Cette procédure, permet de conclure, et cela est heureux, que la rétention de sûreté n'est pas, dans l'esprit du législateur, destinée à être perpétuelle. Néanmoins, nombreux sont ceux qui, remettent en cause l'efficacité des conditions posées par le code et en particulier le critère de dangerosité, nécessairement aléatoire¹⁹¹. Mal encadrée, elle en deviendrait arbitraire et potentiellement perpétuelle.

- **De l'arbitraire de la rétention. Une détention perpétuelle?** Le caractère aléatoire des critères de la rétention de sûreté fait craindre la mise en place d'une mesure perpétuelle écartant à jamais les « dits » dangereux de la Société. En effet, même s'il peut y être mis fin, sur demande de l'intéressé ou d'office, la décision de sortie revient toujours à la juridiction régionale, sur les mêmes critères que la décision d'entrée en rétention et notamment sur la dangerosité évaluée (voire approximée) de l'individu. Considéré comme toujours dangereux, ce dernier est « condamné » à demeurer en rétention. Dans le cas contraire, il est peu probable qu'une « sortie sèche » soit autorisée sans passer, dans la majorité des cas par une surveillance de sûreté.

Enfin, potentiellement perpétuelle, la rétention de sûretés serait aussi arbitraire. Selon V. Gautron¹⁹², maître de conférence à l'Université de Nantes, les garanties procédurales « visent à déculpabiliser de la rigueur pénale. Elles évitent que l'arbitraire régalié ne culminent et donnent à voir le pouvoir de punir sous un angle protecteur de la personne ». Le respect de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme selon lequel « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté » peut d'ailleurs être soumis à réserve. En effet, toute privation de liberté n'est conforme à la Convention que si elle correspond à un des cas énumérés à l'article 5 §1, la rétention de sûreté correspondant au

¹⁹¹ *Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté)*, B. Lavielle, GdP, 4 mars 2008, n°64, p. 2.

¹⁹² *De la société de surveillance à la rétention de sûreté*, Etapes, faux semblants, impasses et fuites en avant, V. Gautron, AJ Pénal, 2009, p. 53.

premier cas : « *S'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* ». Or, le respect de cette condition, et donc la conformité à la condamnation des détentions arbitraires par la Convention, ne vaut qu'au fait que la juridiction de jugement, lors de la condamnation initiale, doit avoir prévu la possibilité d'une rétention de sûreté!

L'ensemble de ces observations permet de jeter un doute sur la légitimité de la rétention de sûreté. Retenir signifie aussi détenir. La rétention de sûreté est une mesure de sûreté n'ayant pas les mêmes objectifs qu'une peine, mais elle est foncièrement une mesure privative de liberté. Même si leurs fondements sont différents, la peine et la mesure de sûreté qu'est la rétention de sûreté sont des sanctions à l'effet similaire. Rappelons à cet égard que dans l'exposé des motifs du code pénal annoté de 1992, R. Badinter justifiait l'absence de distinction faite alors entre mesures de sûreté et peine par le fait que toutes les sanctions sont ressenties comme des peines¹⁹³. Cette affirmation n'est-elle pas d'autant plus vraie relativement à la rétention de sûreté, véritable privation de liberté?

Faire état de cette nouvelle mesure de sûreté ne permet pas d'affirmer que les malades mentaux sont plus imputables au mépris des grands principes du droit pénal. La mesure de sûreté est indifférente à l'imputabilité. Il y a place pour une mesure de sûreté que la personne soit imputable ou qu'elle ne le soit pas, peu importe alors que la personne dangereuse ait ou n'ait pas le discernement suffisant. Néanmoins, comment ne pas remarquer la multiplication des mesures de sûreté des années 2000, de la surveillance judiciaire à l'assignation à résidence avec surveillance électronique de novembre 2009¹⁹⁴, en passant par le placement sous surveillance électronique mobile. Cette montée en puissance de la mesure de sûreté a connu une dernière évolution avec le passage de mesures restrictives de droits à une mesure privative de liberté, cousine de la peine. Cette montée dans la sanction ne peut pas être ignorée. L'imputabilité n'est donc pas à proprement parler mise de côté. L'aliéné est toujours irresponsable. Mais le « condamné fou » et le « fou condamné » (c'est à dire l'anormal mental) considérés comme dangereux, connaissent quant à eux une escalade dans la sanction même si elle n'est que « de sûreté ». Ces remarques ont amené le Conseil constitutionnel en 2008 à se prononcer, lors de l'examen de la loi, sur la nature de la rétention de sûreté.

¹⁹³ *Exprimer les valeurs de notre temps*, R. Badinter, Exposé des motifs du code pénal annoté de 1992.

¹⁹⁴ Loi n° 2009-1436 du 26 novembre 2009 pénitentiaire (JO, 25 nov. n° 0273).

B. La limite de la démesure.

Dès le rapport Burgelin¹⁹⁵, le caractère particulièrement punitif de la rétention de sûreté était mis en avant pouvant faire douter de sa véritable nature. « *La spécificité de cette mesure de sûreté, portant particulièrement atteinte à la liberté individuelle, exigerait de prévoir des garanties procédurales supérieures à celles proposées pour les mesures de sûreté en milieu ouvert, afin qu'elle n'apparaisse ni arbitraire, ni contraire à la Constitution ou à la Convention européenne des droits de l'Homme.* » Lors du contrôle de la loi le 21 février 2008¹⁹⁶, le Conseil a eu à se prononcer sur la nature de la rétention de sûreté : était-ce bien une mesure de sûreté ou une vraie peine?

-Confirmation de la dimension préventive. Selon les requérants, la rétention de sûreté constituerait un complément de peine revêtant le caractère d'une sanction punitive. Mais le Conseil a considéré qu'il s'agissait bien d'une mesure de sûreté et affirmé que « *la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition ; que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage ; que, dès lors, les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sont inopérants* ». Le Conseil se fonde sur le fait que la décision de la juridiction de jugement prévoyant la possible rétention de sûreté après la peine ne prononce pas la mesure mais la rend seulement possible, que donc la décision de placement n'est prise qu'à l'expiration de la peine par la juridiction régionale et non lors de son prononcé, que son exécution n'intervient qu'après exécution de la peine, que la rétention de sûreté ne repose pas sur la culpabilité mais sur la « *particulière dangerosité* » de l'individu, et qu'elle a pour but de prévenir a récurrence et non de punir. La rétention de sûreté est donc bien une mesure de sûreté au même titre que la surveillance de sûreté. Malgré sa nature privative de liberté elle n'est pas une peine. Les exigences de légalités de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, ne sont donc pas applicables. Néanmoins, le Conseil fait état d'une légalité propre aux mesures en question : « *Considérant que la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter le*

¹⁹⁵ Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin, 6 juil. 2005, « Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récurrence ».

¹⁹⁶ Voir décision n° 2008- 562 DC du 21 février 2008.

principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ». C'est au regard de cette exigence d'une rigueur non nécessaire que le Conseil contrôle les mesures de sûreté à l'image de ce qu'il avait déjà fait en 2004 pour l'inscription au FIJAIS et en 2005 pour le placement sous surveillance électronique mobile. Mais, souligne le Professeur Y. Mayaud, « c'est la première fois que la mesure de sûreté fait l'objet d'une évaluation aussi poussée quant à la dangerosité lui servant d'appui à hauteur, il est vrai, tant de l'importance technique des dispositions concernées que de leur enjeu politique, puisque la liberté d'aller et de venir est en cause, ce que les lois précédentes n'avaient encore jamais atteint ». Le Conseil s'est donc attaché à contrôler l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité de la mesure, c'est à dire les garanties mises en place par la loi et étudiées précédemment. Selon lui l'adéquation à la dangerosité est vérifiée par la référence à l'extrême gravité des infractions visées, la lourdeur de la peine et la référence à la probabilité très élevée de récidive liée à un trouble grave de la personnalité. Notons que jamais le Conseil ne remet en cause le critère de la dangerosité, certes caractéristique des mesures de sûreté, mais quelque peu aléatoire pour décider d'une mesure privative de liberté. La nécessité quant à elle, trouve une assise dans le caractère subsidiaire de la mesure. A cette exigence posée par la loi, le Conseil en ajoute cependant une seconde par le biais d'une réserve d'interprétation : l'individu doit avoir effectivement été mise en mesure, en cour de peine, de bénéficier de soins ou d'une prise en charge destinée à atténuer sa dangerosité. Sans une telle prise en charge, et sauf refus de l'intéressé de se soigner, nulle rétention de sûreté ne doit pouvoir être prononcée. Cette condition a d'ailleurs été reprise par la loi du 10 mars 2010¹⁹⁷ modifiant ainsi l'article 706-53-15. Selon le Professeur Y. Mayaud cette condition « concentre sur elle tout ce que la nécessité comporte de philosophie respectueuse des droits de l'Homme ». Enfin, la

¹⁹⁷ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale (JO, 11 mars. n° 0059).

proportionnalité exigée est, selon le Conseil, respectée en raison du rôle déterminant de l'autorité judiciaire dans la décision de placement et de sortie : décision de la juridiction régionale, débat contradictoire et avis de la commission pluridisciplinaire, possibilité de recours. Le Conseil a donc considéré que la loi avait assorti la rétention de sûreté de garanties permettant de concilier la liberté individuelle dont la protection est confiée par l'article 66 de la Constitution à l'autorité judiciaire, et l'objectif de prévention de la récidive.

- **La nature particulièrement coercitive de la rétention de sûreté.** Si la rétention de sûreté a été confirmée dans sa dimension préventive, la privation de liberté qu'elle implique a poussé le Conseil à la priver d'un attribut essentiel propre aux mesures de sûreté : leur application immédiate. En effet, là où les peines ne peuvent rétroagir, les mesures de sûreté sont en principe d'application immédiate. C'est d'ailleurs principalement pour permettre à la rétention de sûreté de s'appliquer à des personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi que le législateur a retenu la qualification de mesure de sûreté. Mais ce que la rétention de sûreté implique de privation de liberté, a poussé le Conseil à lui nier la rétroactivité attendue. Par cette décision le Conseil opère donc une distinction entre les mesures de sûreté avec, d'un côté les mesures restrictives de droits qui sont d'application immédiate, et de l'autre, la rétention de sûreté privative de liberté qui, de par sa nature très coercitive ne peut rétroagir, à l'image des peines.

S'il faut donc rappeler que l'imputabilité est étrangère à la mesure de sûreté fondée sur la dangerosité et que donc le fait de créer une nouvelle mesure de sûreté ne remet pas en cause les principes humanistes de la responsabilité pénale, il est aussi nécessaire de souligner que la rétention de sûreté reste une sanction qui est à bien des égards punitive ne serait-ce que par sa nature privative de liberté.

Les « demi-fous » restent responsables au même titre que les criminels normaux car ils sont imputables. Mais leur état qui justifierait, peut être, plus de clémence ou du moins une orientation plus thérapeutique et non uniquement punitive, est surtout pris en compte afin de protéger la Société et, par voie de conséquence, a pour effet de les « punir » plus que les autres à des fins de neutralisation. Le retrait originel du droit pénal en matière de maladie mentale fait donc aujourd'hui place à une appropriation et une pénalisation de la matière par la loi pénale mais aussi par le juge.

Section 2. Pénalisation judiciaire de la santé mentale.

L'accroissement du rôle du juge comme vecteur de la pénalisation de la maladie mentale doit être soulignée à deux égards. Il apparaît en premier lieu, que l'utilisation de l'article 122-1 manifeste une volonté croissante de punition envers les malades mentaux (§1). La pénalisation de la maladie mentale transparaît aussi dans une autre mesure au travers du transfert de compétence en faveur du juge pénal opéré en matière de placement d'office des délinquants irresponsables (§2).

§1. Pénalisation de la décision de responsabilité.

La pratique judiciaire a fait apparaître une tendance nette à la diminution des irresponsabilités pénales en faveur d'une application de l'alinéa 2 de l'article 122-1 (A) à laquelle s'ajoute une utilisation sévère et assez ancienne de cet alinéa (B).

A. La diminution du nombre d'irresponsabilités pénales..

- **Le constat.** En 2000 le rapport Floch de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale¹⁹⁸ mettait en avant la raréfaction de l'usage de l'alinéa 1^{er} de l'article 122-1.en indiquant qu'à « *l'issue de l'expertise psychiatrique, de moins en moins de personnes sont déclarées irresponsables au moment des faits.* ».

¹⁹⁸ Rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, rapporteur J. Floch, 2000.

Accusés jugés irresponsables au moment des faits/nombre d'inculpés ou mis en
examen dans les affaires terminées dans l'année

Année	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Total des inculpés	96 520	100234	76 485	73 649	72 412	68 481	60 067	68 353	73 684	71 143	68 593	65860	63129	65227	63617	63636
Article 64 puis 122-1	444	518	511	424	372	493	370	350	340	309	190	211	286	287	299	280
Pourcentage	0,46 %	0,52 %	0,67 %	0,58 %	0,51 %	0,72 %	0,62 %	0,51 %	0,46 %	0,43 %	0,28 %	0,32%	0,45%	0,44%	0,47%	0,44%

Source : Ministère de la Justice – Etats annuels de la statistique et répertoire de l’instruction.

Plus extrême, le rapport Lecerf¹⁹⁹ indique, quant à lui que « *le nombre d'accusés jugés " irresponsables au moment des faits " est passé de 17 % au début des années 80 à 0,17 % pour l'année 1997* »! Pour des chiffres plus récents, le rapport Burgelin²⁰⁰ estime que le nombre de dossiers ayant donné lieu à une ordonnance de non-lieu est passé de 511 en 1989 à 212 n 2005 c’est à dire une diminution de 58% en 16 ans! Même si les chiffres avancés ne sont pas identiques ces différents rapports s’accordent sur le constat d’une utilisation moindre de l’alinéa 1^{er} de l’article 122-1 du code pénal.

2. L’explication. La première explication réside certainement et logiquement dans l’ajout de l’alinéa 2 relatif à l’altération des facultés mentales qui a mécaniquement, par l’élargissement de « l’éventail de choix », fait basculer certains malades de l’irresponsabilité à la responsabilité, leur discernement étant seulement altéré. Mais une autre explication peut être trouvée dans le comportement des psychiatres comme l'a soulevé le Docteur Betty Brahmy²⁰¹ : « *Ces experts sont souvent des psychiatres de secteur qui savent que s'ils prononcent l'irresponsabilité pénale au titre de l'article 122-1, la personne qu'ils ont en face*

¹⁹⁹ Rapport du Sénat, J.- R. Lecerf, fait au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, 23 jan. 2008, n° 174.

²⁰⁰ Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin, 6 juil. 2005, « Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive ».

²⁰¹ Rapport de la commission d’enquête de l’Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*, rapporteur J. Floch, 2000.

d'eux se retrouvera à l'hôpital psychiatrique de leur département. Ils n'ont pas forcément envie d'avoir beaucoup de ces gens-là dans leur hôpital. Ils savent également que le patient restera très longtemps, puisqu'il faudra encore l'avis de deux experts pour autoriser la levée de la mesure. Le rapport Lecerf est aussi dans ce sens : *Les psychiatres, s'appuyant sur le deuxième alinéa de l'article 122-1 du nouveau code pénal, ont interprété la loi dans un sens univoque. A leur sens, peu de troubles psychiques ou neuropsychiques abolissent le discernement de la personne ou entravent le contrôle de leurs actes.* A cela s'ajoute enfin, la tendance que nous n'avons cessé d'observer, qui veut que les « fous » soient de plus en plus considérés comme des personnes dangereuses nécessitant une neutralisation carcérale plutôt qu'un placement en hôpital ou une remise en liberté, solutions jugées moins sûres pour la Société. Selon un rapport du Sénat en 2000²⁰², « *on peut comprendre que les juges ne soient pas tentés d'infléchir la pratique des psychiatres, la mise en liberté de fous dangereux étant particulièrement difficile à admettre pour l'opinion* ». Réticences psychiatriques et judiciaires, se cumulent donc, pour des raisons diverses. A cette diminution des non-lieux s'ajoute une appréhension plus sévère de la lettre de l'alinéa 2.

B. L'appréciation sévère de l'alinéa 2.

- **Le constat.** La dernière phrase du second alinéa de cet article incite le juge à diminuer la peine, en accordant des circonstances atténuantes. En effet elle indique que « la juridiction tient compte de cette circonstance (l'altération du discernement) lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ». En fait, certaines juridictions y ont vu, semble-t-il, l'opportunité d'appliquer une peine plus lourde et « *les réquisitions du parquet sont de plus en plus dépassées par les cour d'assises* »²⁰³. Les personnes présentant des troubles psychiatriques sont souvent plus lourdement condamnées que les autres parce que, comme l'ont observé les représentants de l'Association des secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire, « *les jurés sont effrayés par des attitudes qu'ils ne comprennent pas* »²⁰⁴. Un

²⁰² Rapport de commission d'enquête du Sénat du 29 juin 2000 n°449, *Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, J.- J. Hyst, G.- P. Cabanel.

²⁰³ Rapport de l'IGAS et de l'IGS citant des rapports de procureurs généraux ; *L'expertise psychiatrique pénale : les données d'un débat*, V. J. L. Senon, C. Manzanera, AJ Pénal 2006.

²⁰⁴ Rapport du Sénat, J.- R. Lecerf, fait au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, 23 jan. 2008, n°

exemple est donné par C. Protais et D. Moreau²⁰⁵: Un individu avait donné une dizaine de coups de couteau lors d'un délire de persécution et avait été diagnostiquée une psychose paranoïaque au moment des faits. Non seulement les experts avaient penché pour une altération du discernement mais l'individu a été condamné à la peine la plus élevée prévue par le code pénal pour son crime! Qu'en est-il de la clémence supposée exister pour les malades mentaux et de nos grands principes classiques et humanistes de la responsabilité?

- **La limite?** Une décision du Conseil semble aller dans un sens contraire à cette tendance. Dans sa décision n° 2007-554 du 9 août 2007 relative à la loi du 10 août renforçant la lutte contre la récidive, le Conseil semble avoir reconnu une valeur constitutionnelle aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 122-1. C'est, du moins, l'opinion de F. Desportes et F. Le Guehec²⁰⁶ en s'appuyant sur le considérant 18 : « *en instaurant des peines minimales, le législateur n'a pas dérogé aux dispositions spéciales du deuxième alinéa de l'article 122-1 du code pénal [...]; dès lors, même lorsque les faits ont été commis une nouvelle fois en état de récidive légale, ces dispositions permettent à la juridiction de prononcer, si elle l'estime nécessaire, une autre peine que l'emprisonnement ou une peine inférieure à la peine minimale* ». Il n'est pas certain que la référence à l'alinéa soit un signe de la reconnaissance par le Conseil de sa constitutionnalité. Néanmoins, notons, tout de même, que le Conseil ne fait référence qu'à une substitution de peine ou à une diminution de peine et non à une augmentation! Cette remarque faite, une quelconque incidence sur les décisions judiciaires est cependant très peu probable.

C. La prison, nouvel asile?

Cet aspect a déjà été mis en avant en première partie. Nous remarquons que l'incarcération des « demi-fous » en application de l'alinéa 2 pouvait être problématique en les assimilant à des criminels normaux, faute de structures de soins suffisantes. Les pratiques judiciaires décrites ci-dessus ne font qu'accroître la vocation asilaire de la prison. « *En raison*

174.

²⁰⁵ *L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé, C. protais, D. Moreau, Champ pénal : Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie, Vol VI, 2009.*

²⁰⁶ *Droit pénal général*, F. Desportes, F. Le Guehec, 16^{ème} éd., Economica, 2009.

d'une dérive psychiatrique et judiciaire, des milliers de détenus atteints de troubles psychiatriques errent ainsi sur le territoire national, ballottés entre les établissements pénitentiaires, leurs quartiers disciplinaires, les SMPR, les UMD, les unités fermées des hôpitaux pénitentiaires... Le tout sans aucune cohérence. Paradoxe terrible, la réforme du code pénal et la nouvelle " pratique " des psychiatres ont abouti à un résultat inattendu : de plus en plus de malades mentaux sont aujourd'hui incarcérés. La boucle est bouclée : la prison, aujourd'hui en France, est en train de retrouver son visage antérieur au code pénal napoléonien²⁰⁷ ».

L'investissement du domaine de la maladie mentale par le juge pénal ressort donc premièrement de la pratique répressive des juges en la matière. Mais le rôle du juge pénal comme vecteur d'une pénalisation croissante de la santé mentale apparaît aussi quant à la décision d'hospitalisation des irresponsables. Le juge pénal investit là, un nouveau domaine qui lui était autrefois exclu.

§2. Judiciarisation de la décision de placement en cas d'irresponsabilité pénale.

A. Un placement judiciaire.

- **Le principe.** A l'image de plusieurs autres législations étrangères, la loi du 25 février 2008²⁰⁸ a accordé à l'autorité judiciaire la faculté de décider d'une mesure d'hospitalisation d'office. Jusque là, nous avons vu que malgré les tentatives de réforme le sort du délinquant malade mental irresponsable dépendait de l'autorité préfectorale conformément aux dispositions du code de la santé publique et à l'instar des placements d'office standards. Il fallait alors que le trouble mental qui l'atteigne « *nécessite des soins et compromette la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public* » (art. L. 3213-1 et L. 3213-7 CSP).

²⁰⁷ Rapport de commission d'enquête du Sénat du 29 juin 2000 n°449, *Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, J.- J. Hyst, G.- P. Cabanel.

²⁰⁸ Loi n° 2008-174 du 25 fév. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO, 26 fév.).

Le nouvel article 706-135 du code de procédure pénale confie depuis 2008, le pouvoir de décider à titre de mesure de sûreté, d'une hospitalisation d'office à la chambre de l'instruction ou à la juridiction de jugement. Cette possibilité est prévue « *sans préjudice de l'application des articles L. 3213-1 et L. 3213-7 du code de la santé publique* ». Le pouvoir conféré au juge n'empêche donc en rien le préfet de prendre une mesure d'hospitalisation d'office même si le juge ne l'ordonne pas.

- **Modalités.** Concrètement, la décision est ordonnée par l'arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou par l'arrêt ou le jugement portant déclaration d'irresponsabilité pénale rendu par la cour d'assises ou le tribunal correctionnel. Elle est soumise à plusieurs conditions. Tout d'abord, une déclaration, un arrêt ou un jugement d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental est nécessaire. Une simple ordonnance du juge d'instruction ne suffit pas. Par ailleurs, est exigée une « *expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure établissant que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* ». Cette condition est identique à celle prévue par l'article L. 3213-1 du code de la santé publique. Enfin, la décision doit être motivée. La décision d'hospitalisation obéit donc aux mêmes règles que la décision soit prise par l'autorité judiciaire ou préfectorale. Enfin, le juge doit aviser immédiatement le préfet de la décision.

B. Appréciation critique.

- **Une judiciarisation bienvenue?** Il faut tout d'abord approuver cette idée en ce qu'elle confie une décision attentatoire aux libertés à l'autorité judiciaire, gardienne de ces mêmes libertés individuelles au sens de l'article 66 de la Constitution. Par ailleurs, et d'un point de vue plus pratique cette fois, il était apparu que le transfert de compétence de l'autorité judiciaire au préfet lorsqu'une hospitalisation d'office était envisagée pouvait entraîner certains délais susceptibles de porter préjudice à l'intérêt de la personne et de la Société. L'autorité judiciaire tardait en effet parfois à prévenir l'autorité préfectorale. C'est d'ailleurs sur le fondement de cet argument très pratique que le placement judiciaire a été

intégré par l'amendement de G. Fenech, au projet de loi dans lequel il ne figurait pas initialement. Notons à cet égard que le principe d'un placement judiciaire n'a pas fait l'unanimité. D'autres solutions avaient été préconisées. Par exemple, le rapport Burgelin en 2005 ou Garraud en 2006 recommandaient plutôt de renforcer la collaboration entre les autorités judiciaires et administratives notamment en rendant obligatoire, effective et plus rapide la procédure d'information de l'autorité judiciaire à l'autorité administrative. Le rapport Garraud excluait même explicitement le placement d'office judiciaire y voyant une procédure non justifiée voire inutile, le préfet étant déjà compétent pour prononcer les mesures d'hospitalisation d'office normales. Le rapport relève également que quelle que soit l'autorité de placement, l'hospitalisation dépend en réalité de l'avis médical du psychiatre. Néanmoins, le nouveau pouvoir donné au juge a été très bien accueilli par l'opinion qui n'appréciait guère que la justice soit dessaisie alors qu'une infraction avait été commise.

- **Quels changements?** A regarder de près il apparaît que le régime d'hospitalisation n'a pas fondamentalement changé. Nous avons déjà remarqué que les règles régissant la décision d'hospitalisation sont sensiblement les mêmes que la décision soit prise par l'autorité administrative ou par l'autorité judiciaire. L'article 706-135 du code de procédure pénale prévoit lui même que « *le régime d'hospitalisation est celui prévu pour les hospitalisations ordonnées en application de l'article L. 3213-1* » du code de la santé publique.

Le seul vrai bouleversement est donc à chercher du côté de l'autorité de placement. Néanmoins, même ce dernier ne permet pas de trouver une pleine satisfaction, notamment quant à ses motivations. Nous venons d'observer qu'il a répondu à des considérations de célérité et de garantie judiciaire. Mais une fois encore, la loi a aussi répondu à une demande populaire formulée notamment par les victimes et reflétant la peur du « fou » et la volonté de ne pas le faire sortir du droit pénal par un dessaisissement judiciaire. Si cette demande est tout à fait compréhensible de la part de victimes, motiver une loi par la volonté d'y répondre n'est pas légitime. La judiciarisation du placement doit être, sur le principe, accueillie favorablement. Mais sa motivation, loin de relever de considérations relatives à la garantie judiciaire des libertés, semble au contraire répondre à des justifications moins nobles.

Enfin, notons, que si la décision de placement est confiée à l'autorité judiciaire

quelles qu'en aient été les motivations, la décision de sortie quant à elle, n'en dépend pas. Cette solution avait pourtant été envisagée par l'article 40 de l'avant-projet de code pénal de 1978 qui prévoyait déjà que l'autorité judiciaire ordonnait la placement puis la sortie de l'aliéné. Mais pas plus en 2008 qu'en 1992, cette solution n'a été retenue. La décision de sortie relève donc toujours du pouvoir d'appréciation médical et administratif conformément à l'article 3213-8 du code de la santé publique. Cet article soumet la décision de sortie du préfet à une « *décision* » conforme de deux psychiatres experts.

Le législateur a sans doute considéré à juste titre que si le principe du placement devait relever du pouvoir judiciaire, il n'appartenait pas au juge de décider des conditions et de la durée de ce dernier par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.

La judiciarisation du placement constitue une nouvelle réponse du droit pénal dans le sens d'une pénalisation croissante du sort du malade mental. Cette pénalisation, dans ce cas, ne correspond pas à un accroissement de la sanction pénale mais à une intervention croissante du juge pénal comme vecteur du droit pénal dans la santé mentale. Le législateur a su cependant éviter les solutions excessives qui auraient confondu les rôles respectifs des juges et des médecins.

CONCLUSION

Le régime de responsabilité pénale des malades mentaux a connu de multiples évolutions selon les époques. Néanmoins, le principe de l'irresponsabilité pénale du « fou » a, de façon générale, subsisté. Ce sont en réalité les fondements de ce principe qui ont évolué. L'explication divine a laissé la place à un fondement humaniste reposant sur la nécessité d'avoir suffisamment conscience de ses actes pour en répondre, et se traduisant, en droit, par une exigence d'imputabilité faisant défaut à l'infraction commise par un malade mental. Sur cette exigence est venue se greffer l'évolution des connaissances psychiatriques qui a permis d'affiner la réponse pénale.

Cependant, nombreux sont ceux qui ont observé l'association croissante de la dangerosité aux malades mentaux. La figure du « fou dangereux » s'est développée dans la Société et a eu un impact en droit pénal. Ainsi une politique pénale visant à prémunir la Société des malades mentaux et de leur dangerosité a vu le jour. Sans être totalement nouvelle tant sur un plan théorique que pratique, cette approche connaît depuis la fin du XXème siècle un essor notable. L'observation des dispositions pénales récentes en la matière, et notamment de leur nombre, nous avait amené à nous interroger sur la pérennité du principe de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux. La dangerosité nous semblait s'être substituée, à certains égards, à l'exigence d'imputabilité. Suite à notre analyse il apparaît sans aucun doute que le principe de l'irresponsabilité demeure. Néanmoins, nous avons pu remarquer que, d'une façon générale, la situation du malade mental par rapport au droit pénal a changé. Le malade irresponsable semble plus punissable. L'anormal mental l'est d'autant plus. Le droit pénal traditionnellement en retrait de la maladie mentale, y pénètre de plus en plus. Ces observations permettent d'avancer que si le principe demeure, ses modalités ont sensiblement évolué dans une direction plus répressive. La loi récente loi du 25 février 2008 qui a retenu notre attention, en est une illustration évidente.

Certains auteurs enfin, mettent en avant une problématique intéressante liée à la confusion des enjeux psychiatriques et pénaux. La collaboration entre le juge du droit, qu'est le magistrat devant appliquer la loi pénale d'une part, et le juge de l'esprit, qu'est le psychiatre devant apporter son expertise d'autre part, est évidemment indispensable. Néanmoins, selon C. Protais et D. Moreau²⁰⁹, il faut regretter l'amalgame qui est fait entre deux visions différentes : le soin et la sanction. La notion de dangerosité est au cœur de toutes les confusions : le droit s'intéresse à la dangerosité criminologique liée au risque de récidive, mais elle relève d'une évaluation psychiatrique et résulte, dans la loi de 2008 sur un « trouble grave de la personnalité ». Elle est donc explicitement superposée à une dangerosité psychiatrique. Pour C. Protais et D. Moreau « *on ne sait plus si on soigne un sujet de droit ou si l'on punit un malade* ». Il ne s'agit évidemment pas de plaider pour l'exclusion réciproque du droit pénal et de la médecine, les deux disciplines se superposant nécessairement en présence d'un criminel malade mental. Il est simplement question de ne pas présupposer le lien entre maladie mentale et dangerosité criminelle.

²⁰⁹ *L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézy, C. protais, D. Moreau, Champ pénal : Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie, Vol VI, 2009.*

ANNEXES

Annexe 1 : Tableau récapitulatif des principales maladies mentales.

		Névroses	Troubles de l'humeur	Psychoses	Troubles déficitaires	Toxicomane	Epilepsie	Paraphilies
Pathologie : troubles de la personnalité sur lesquels viennent se greffer les maladies mentales.	Personnalité hystérique, paranoïaque, schizoïde, phobique, narcissique, borderline (état limite), psychopathe.	-Hystérie, -Névrose obsessionnelle : comportement compulsif, obsession (TOC) -Névrose phobique, -Névrose d'angoisse	- Versant dépressif : trouble unipolaire ou épisode dépressif récurrent - Versant maniaque : accès maniaque, hypomanie - Dépression bipolaire (ancienne psychose maniacodépressive) en cas d'alternance entre les deux : mélancolie, puis accès maniaque, puis manie	- Psychose aiguës : bouffées délirantes aiguës (BDA) - Psychose chronique : schizophrénie, paranoïa, psychose hallucinatoire chronique	- Démence Alzheimer - Démence intellectuelle	Alcoolisme Drogue...	Epilepsie temporale	Pédophilie, zoophilie, nécrophilie, frotteurisme, exhibitionnisme, perversion, voyeurisme, sadisme, masochisme

Source : Cours de sociologie du crime, Dr. Bossard, Master 2 Recherche Droit pénal et sciences pénales, Université Paris 2, Panthéon – Assas.

Annexe 2 : Principaux aspects nosographiques des passages à l'acte criminel.

PRINCIPAUX ASPECTS NOSOGRAPHIQUES DES PASSAGES A L'ACTE CRIMINEL					
CATÉGORIES DIAGNOSTIQUES	PRÉMÉDITATION	VIOLENCE CONTRE LES PERSONNES	VIOLENCE CONTRE LES BIENS	MOMENTS PRIVILÉGIÉS POUR LE PASSAGE À L'ACTE	VECU DU MALADE À L'OCCASION DE SON PASSAGE À L'ACTE
SCHIZOPHÉNIE	Classiquement absente : passage à l'acte impulsif et en apparence incompréhensible.	Homicides* envers l'entourage (famille dont ascendants, amis, médecins). Gravité de l'agression. Prédilection pour les armes blanches.	Volés utilitaires, destructions.	Début de la maladie, moments féconds, changements de traitement.	Paradoxal. N'arrive pas à expliquer son crime. Se vit comme responsable et non coupable.
PARANOÏA	Très organisée, paralogique et vengeresse. Met tous les atouts de son côté.	Conjoint (jalousie), voisins et médecins (revendication). Gravité de l'agression.	Destructions soumoises et complotées de longue date.	Moments féconds. Phases d'alcoolisation possibles. Etats dépressifs dans les formes sensibles.	S'estime être une victime et veut faire justice lui-même.
MANIE	Absente. Début brusque de l'accès maniaque.	Hyperérotisme : attentat à la pudeur, viol, etc.	Grivèleries d'aliments, abus de confiance, grandes dépenses, etc.	Virages de l'humeur (posologies médicamenteuses inadaptées, deuil, alcoolisation, etc).	Euphorie caustique, agressivité verbale ayant tendance à s'embraser face à un public.
MÉLANCOLIE	Très importante et dissimulée (suicide imparable). Si virage maniaque, la préméditation peut disparaître.	Homicide* (exceptionnel). Parfois suicide, altruiste collectif.	Rare	Virages de l'humeur. Insomnie prodromique, décompensation matinale avec passage à l'acte suicidaire.	Auto-accusation, idées de mort. Vécu intense et douloureux.
PSYCHOSE HALLUCINATOIRE CHRONIQUE	Le délire évolue longtemps à bas bruit puis s'enkyste. Il génère le projet.	Désignation d'un bouc-émissaire que le patient voudra éliminer.	Les biens du "persécuteur-persécuté".	Moments féconds. Ordres hallucinatoires.	Thématique de persécution proche du système paranoïaque : vengeance envers le persécuteur.
PSYCHOSE AIGUE	Début brutal de l'accès de violence, en général éphémère et non prémédité.	Homicide*, violences physiques ou sexuelles.	Incendie, vol, destructions diverses.	Pendant tout l'épisode délirant. Si le malade se déshydrate, aggravation du risque de décompensation.	Conservation d'un certain lien avec la réalité. Impossibilité de résister à des hallucinations mandatoires.

* La notion d'homicide correspond, dans ce tableau, au sens du Code pénal, au meurtre, c'est-à-dire à l'homicide volontaire, et non à l'homicide involontaire tel qu'il peut résulter par exemple d'un accident de circulation ou d'une erreur médicale.

CATÉGORIES DIAGNOSTIQUES	PRÉMÉDITATION	VIOLENCE CONTRE LES PERSONNES	VIOLENCE CONTRE LES BIENS	MOMENTS PRIVILÉGIÉS POUR LE PASSAGE À L'ACTE	VECU DU MALADE À L'OCCASION DE SON PASSAGE À L'ACTE
IVRESSE PATHOLOGIQUE	Absente, mais l'alcoolisation, étant volontaire, est pénalement répréhensible, s'il s'agit d'une ivresse publique manifeste ou d'un état alcoolique au volant.	Comme pour les psychoses aiguës. Importance des accidents de la route.	Comme pour les psychoses aiguës.	Tout dépend de la tolérance individuelle à l'alcool.	Sensation de toute puissance avec troubles de l'humeur et amnésie post-critique.
ALCOOLISME CHRONIQUE	Passage à l'acte favorisé par la détérioration mentale. Eventuelle ivresse surajoutée.	Conjoint agressé, rixes, homicides (fréquence importante).	Vois, escroqueries, désinsertion sociale et vagabondage (fréquence importante).	Pré-delinium tremens, crises de jalousie, vécu d'impuissance sexuelle, etc.	Troubles caractérisés chroniques non reconnus par le malade qui devient irritable, intolérant, violent.
TOXICOMANIE	Variable suivant la personnalité du sujet.	Agressions utilitaires (vois avec violences), prostitution.	Dégradations diverses, vois de médicaments, etc.	Etat de manque, état confusionnel ou hallucinatoire.	Conscience lucide lors des vois utilitaires, conscience confuse ou oniroïde sous l'effet des toxiques.
PSYCHOPATHIE	Passage à l'acte dans l'instant, sans préméditation.	De fréquence et de gravité variables.	Fréquente et polymorphe : escroqueries, dégradations diverses, etc.	Toutes les formes de frustrations. Passages à l'acte itératifs.	Amoralité et impulsivité, désir de revanche envers la société.
DÉBILITÉ	Souvent le fait d'un tiers qui manipule le sujet.	Meurtres, vois, coups et blessures, etc.	Incendies, destructions diverses, etc.	Alcoolisation, adhésion à une bande.	Vécu d'imédiateté ne prévoit pas les conséquences à long terme de son acte.
EPILEPSIE	Le "raptus comitial" ne comporte pas de préméditation.	Grande violence classique.	Incendies ou autres violences.	Crises temporales, état de mal temporal avec automatismes psychomoteurs et états crépusculaires de la conscience.	Anosognosie et amnésie post-critique.
DÉMENCE	Absente, sauf dans le délire sénile de préjudice.	Coups et blessures, exhibitionnisme.	Grivèleries d'aliments, dégradations, etc.	Episodes anxieux ou confusionnels.	Anosognosie. Idées de revendication dans le délire sénile de préjudice.

Source: T. Albernhe, Y. Tyrode, 1994, Ed. Duphar

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

BERNARDINI Roger, *Droit pénal général, Introduction au droit criminel, Théorie de la responsabilité*, Gualino, 2003.

DEBOVE Frédéric, FALLETTI François, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Coll. Major, PUF, 2^{ème} éd., 2001.

DESPORTES Frédéric, LE GUNEHEN Francis, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009.

MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, Coll. Droit fondamental, PUF, 2^{ème} éd., 2007.

RASSAT Michelle – Laure, ROUJOU DE BOUBEE Gabriel, *Droit pénal général*, Cours magistral, Ellipses, 2006.

RENNEVILLE Marc, *Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*, Fayard, 2003.

Revue :

BONIS – GARCON Evelyne, *Trouble psychiques – malades mentaux*, Répertoire droit pénal, oct 2002.

BOURGAULT – COUDEVYLLE Dorothée, *Les nouvelles mesures de sûreté post-carcérales instituées par la loi du 25 février 2008 pour prévenir la récidive des criminels les plus dangereux*, Lexbase Hebdo, Edition privée générale, n° 305.

DANET Jean, SAAS Claire, *Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale*, RSC, 2007, p. 779.

DANET Jean, *La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante*, Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie, Vol. V, 2008.

DELAGE Pierre-Jérôme, *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité*, RSC, 2007, p. 797.

DETRAZ Stéphanie, *La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, RSC, 2009, P. 873.

GAUTRON Virginie, *De la société de surveillance à la rétention de sûreté*, Etapes, faux

semblants, impasses et fuites en avant, AJ Pénal, 2009, p. 53.

GIUDICELLI André, *L'irresponsabilité pénale des malades mentaux face à l'hypothèse du droit pénal post-moderne*, Revue pénitentiaire et de droit pénal n° 4, Oct. 2007, p. 773.

HENNION – JACQUET Patricia, *Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux : et si la justice s'arrêtait aux portes de prisons ?*, Revue de droit sanitaire et social, 2009, p. 509.

HERZOG – EVANS Martine, *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit*, AJ Pénal, 2008, p. 161.

KALUSZYNSKI Martine, *Le retour de l'Homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages*, Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie, Vol. V, 2008.

LAVIELLE Bruno, *Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté)*, GdP, 4 mars 2008, n° 64, p. 2.

LAZERGES Christine, *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel*, RSC, 2008, p. 731.

LIGER Didier, *La réforme des règles applicables en matière d'irresponsabilité pénale des malades mentaux : un projet critiquable*, AJ Pénal, 2004, p. 361.

MATSOPOULOU Haritini, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, DP n° 4, Avr. 2008, étude 5.

MATSOPOULOU Haritini, *L'application des « peines », puis des « mesures de sûreté », aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 16 décembre 2009)*, DP n°2, Fév. 2010, étude 4.

MAYAUD Yves, *Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation*, AJ Pénal, 2004, p. 303.

MAYAUD Yves, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 du 21 fév. 2008*, Recueil Dalloz, 2008, p. 1359.

MBANZOULOU Paul, *La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté*, AJ Pénal, 2008, p. 171.

PRADEL Jean, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur*

les criminels dangereux, Recueil Dalloz, 2008, p. 1000.

PROTAIS Caroline, MOREAU Delphine, *l'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé*, Séminaire GERN. Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité. Paris, MSH, 21 mars 2008, Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie, Vol. VI, 2009.

PROTHAIS Alain, *La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal*, Recueil Dalloz, 1990, p. 51.

RASSAT Michelle – Laure, *Trouble psychique ou neuropsychique. Contrainte*, JCP, art. 122-1 et 122-2.

ROUSSEAU François, *L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, DP n° 5, Mai 2009, étude 9.

ROUVILLOIS Frédéric, *La notion de dangerosité devant le Conseil constitutionnel*, Recueil Dalloz, 2006, p. 966.

SENON Jean – Louis, MANZANERA Cyril, *Psychiatrie et justice : à la difficile recherche d'un équilibre entre soigner et punir*, AJ Pénal, 2005, p. 353.

SENON Jean – Louis, MANZANERA Cyril, *Troubles mentaux et prison*, AJ Pénal, 2007, p. 155.

SENON Jean – Louis, MANZANERA Cyril, *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté*, AJ Pénal, 2008, p. 174.

Thèses et mémoires :

CAMUS épouse CHRQUI, Claire, *La maladie mentale et le délinquant : discours sur la folie dans l'institution pénale*, Thèse, Dir. Jacques Henri ROBERT, Université Paris II Panthéon-Assas, 2004.

SERGEANT Damien, *L'évolution de la responsabilité pénale des malades mentaux (de l'Antiquité à nos jours)*, Mémoire DEA Sociologie du droit, Dir. Dr. Jean Claude BOSSARD, Paris II, 2001.

RAFFOLT Anne, *Juger les malades mentaux*, Mémoire, Master 2 Droit pénal et sciences pénales, Dir., Dr. Jean Claude BOSSARD, Université Paris II Panthéon-Assas, 2008.

Rapports et enquêtes :

Rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, *La France face à ses prisons*,

rapporteur J. Floch, 2000.

Rapport de commission d'enquête du Sénat du 29 juin 2000 n°449, *Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, J.- J. Hyst, G.- P. Cabanel.

Rapport du Sénat sur *l'irresponsabilité pénale des malades mentaux*, Série législation comparée, Fév. 2004.

Rapport de la Commission libertés et droits de l'Homme, Conseil National des barreaux, *Sur le projet de réforme des règles applicables en matière d'irresponsabilité pénale des malades mentaux*, 2004.

Rapport de la Commission Santé-Justice présidée par J. -F. Burgelin, 6 juil. 2005, « Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive ».

Rapport d'information du Sénat de PH. Goujon et Ch. Gautier, fait au nom de la commission des lois, de la mission d'information et de la mission d'information de la commission des lois, « Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale? », du 22 juin 2006, n° 420.

Rapport sur la mission parlementaire confiée à J.- P. Garraud, déc. 2006« Dangers et la prise en charge des individus dangereux ».

Rapport de l'Assemblée Nationale, G. Fenech, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, 12 déc. 2007, n° 497.

Rapport du Sénat, J.- R. Lecerf, fait au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, 23 jan. 2008, n° 174.

Rapport Varinard, *Entre modification raisonnable et innovation fondamentale : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs*, 3 décembre 2008.

Sites Internet :

www.senat.fr

www.assemblee-nationale.fr

www.legifrance.gouv.fr

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	3
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	4
SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	7
PARTIE 1. SANTE MENTALE ET IMPUTABILITE	13
CHAPITRE 1. L'IMPUTABILITE, SUPPORT MORAL DE LA RESPONSABILITE PENALE.....	13
<i>Section 1. L'exigence d'imputabilité fondement de la responsabilité pénale.</i>	15
§1. L'imputabilité : assise humaine de la responsabilité pénale	15
A. Liberté et responsabilité en philosophie.	15
1. Philosophie humaniste.	15
2. Philosophie du droit.	18
B. Imputabilité et responsabilité en droit.	19
1. La nécessaire imputabilité.	19
2. La maladie mentale, cause de non imputabilité.....	20
§2. Le défaut de discernement, cause subjective d'irresponsabilité pénale.....	23
A. Un principe non spécifique aux malades mentaux.	23
1. L'irresponsabilité pénale des animaux et des choses inanimées.	24
2. L'irresponsabilité des mineurs faute de discernement.	25
B. L'irresponsabilité pénale des malades mentaux.....	27
1. La non responsabilité préférée à la non punissabilité.	27
2. Une solution uniforme en Europe.	28
3. Une irresponsabilité subjective.	29
<i>Section 2. La détermination du seuil du discernement troublé.</i>	31
§1. La collaboration entre le juge et l'expert.	31
A. Une collaboration nécessaire.	31
B. Une collaboration difficile.....	33
§2. La nature du trouble.....	35
A. La condition du trouble psychique ou neuropsychique.....	35
B. La détermination des troubles psychiques ou neuropsychiques.....	39
C. Le moment du trouble.	43
CHAPITRE 2. LE DEFAUT DE DISCERNEMENT, CAUSE DU RETRAIT DU DROIT PENAL.	46
<i>Section 1. Maladie mentale et responsabilité pénale.</i>	46
§1. L'abandon d'une responsabilité du « tout ou rien ».	47
A. L'alternative dichotomique de l'ancien article 64.	47
B. L'introduction du discernement altéré par le nouvel article 122-1.	49
§2. Une irresponsabilité graduée.	50
A. Altération des facultés mentales et modulation de la peine.....	50
1. Responsabilité et aménagement des peines.	51
2. Le libre choix de la peine et de son régime.	52
B. Abolition des facultés mentales et irresponsabilité pénale.....	54
C. Altération et abolition sur le fil du rasoir.....	55
<i>Section 2. Maladie mentale et intervention pénale.</i>	57
§1. Une décision d'hospitalisation étrangère au juge pénal.	57
A. Une décision administrative, relais de l'irresponsabilité pénale.	58
1. Un placement purement administratif.....	58
2. Droit comparé.	59
B. Un dessaisissement critiquable de l'autorité judiciaire.	60
1. Approche critique.....	61
2. Echec des propositions de réforme.	62
§2. La césure institutionnelle entre responsabilité et irresponsabilité.	64
A. Le cloisonnement des structures hospitalières et carcérales.	65
1. La séparation entre la prison et l'hôpital.....	65

2. Le mélange entre maladie, normalité et délinquance.....	66
B. Le bilan mitigé des structures « mixtes ».....	68
1. La prise en compte du soin en prison.....	68
2. Un bilan en demi-teinte.....	70
3. La création de structures spécialisées.....	71
PARTIE 2. SANTE MENTALE ET DANGEROISITE.....	74
CHAPITRE 1. DANGEROISITE ET RESPONSABILITE.....	74
<i>Section 1. La montée en puissance de la notion de dangerosité.....</i>	<i>75</i>
§1. La notion de dangerosité.....	75
A. Une notion polysémique.....	75
1. L'absence de définition.....	75
2. Une « notion protéiforme et complexe ».....	76
B. Une notion non spécifique aux malades mentaux.....	79
1. Un droit pénal empreint de dangerosité.....	79
2. La question de la dangerosité particulière des malades mentaux.....	81
§2. Le « succès » de la dangerosité.....	82
A. Une notion ancienne.....	82
1. Ancrage théorique de la notion de dangerosité.....	82
2. Utilisation pratique de la notion de dangerosité.....	85
B. Une notion sur le retour.....	86
1. L'éclipse de la dangerosité.....	87
2. Les raisons du renouveau.....	88
<i>Section 2. Une exigence d'imputabilité atténuée par la dangerosité?.....</i>	<i>93</i>
§1. Une irresponsabilité de principe maintenue.....	93
A. La nouvelle décision d'irresponsabilité pénale.....	93
1. La proposition : l'audience.....	93
2. La réponse : la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.....	95
B. Les craintes : le procès des « fous »!.....	98
§2. Un équilibre défavorable aux malades mentaux ?.....	101
A. Responsabiliser les « fous »?.....	102
B. Punir les irresponsables?.....	104
1. Le prononcé de mesures de sûreté.....	104
2. Des mesures punitives?.....	105
CHAPITRE 2. DANGEROISITE ET RETOUR DU DROIT PENAL.....	109
<i>Section 1. Pénalisation légale de la santé mentale.....</i>	<i>109</i>
§1. Pénalisation et sûreté.....	109
A. Les origines.....	109
B. La rétention de sûreté.....	111
1. Les conditions.....	111
2. L'exécution de la rétention de sûreté.....	114
C. La surveillance de sûreté.....	114
§2. Pénalisation et encadrement.....	116
A. Approche critique.....	116
1. Une mesure légitime?.....	116
2. Une mesure encadrée?.....	117
B. La limite de la démesure.....	120
<i>Section 2. Pénalisation judiciaire de la santé mentale.....</i>	<i>123</i>
§1. Pénalisation de la décision de responsabilité.....	123
A. La diminution du nombre d'irresponsabilités pénales.....	123
B. L'appréciation sévère de l'alinéa 2.....	125
C. La prison, nouvel asile?.....	126
§2. Judiciarisation de la décision de placement en cas d'irresponsabilité pénale.....	127
A. Un placement judiciaire.....	127
B. Appréciation critique.....	128
CONCLUSION.....	131
ANNEXES.....	133
BIBLIOGRAPHIE.....	136
TABLE DES MATIERES.....	140

