

Paris, le 8 septembre 2020

Observations du Syndicat de la magistrature devant la commission relative à l'irresponsabilité pénale

Le contexte dans lequel cette commission relative à l'irresponsabilité pénale a été installée par l'ancienne Garde des Sceaux le 8 juin 2020 est lourd de sens et suscite, au Syndicat de la magistrature, de très fortes inquiétudes.

S'il peut être vu comme rassurant qu'une réflexion, et au passage un bilan de la loi du 25 février 2008¹, aient été jugés nécessaires pour (re)appréhender ce sujet, essentiel et délicat, à la suite de deux propositions de loi² déposées en réaction à « l'affaire Sarah Halimi », il n'en demeure pas moins que le sens de l'histoire en cette matière et les expériences législatives passées font craindre le pire.

La loi du 25 février 2008 a été adoptée à la suite de la tenue de plusieurs missions³ illustrant la volonté des pouvoirs publics de modifier le dispositif en vigueur depuis des décennies, et a apporté deux modifications majeures. D'une part, faire comparaître en audience les auteurs d'infraction atteints de troubles mentaux, et d'autre part, réinstaurer des mesures de sûreté basées sur un constat de dangerosité. Cette loi a ainsi matérialisé la rupture avec le principe de déresponsabilisation pénale de la folie, et ce dans un contexte marqué par deux événements dramatiques, à savoir le non-lieu pour irresponsabilité pénale pour troubles mentaux ordonné dans l'affaire Romain Dupuy et la récidive de Francis Evrard déjà condamné à plusieurs reprises pour des infractions à caractère sexuel.

Encore une fois, c'est un drame, suivi de commentaires politiques opportunistes, qui anime la soif de réforme. Ce faisant, il n'est pas illégitime de douter de la capacité des pouvoirs publics

¹Loi n° 2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

²Propositions de loi n°232 tendant à revoir les conditions d'application de l'article 122-1 du code pénal sur la responsabilité pénale des auteurs de crimes et délits et n°297 visant à garantir la tenue d'un procès en cas de procédure d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental et à étendre le droit d'appel pour ces décisions.

³Une première de la commission Santé, justice et dangerosité présidée par Jean-François Burgelin de juillet 2005 ; une seconde - après les vives réactions suscitées par les propositions de la première notamment au sujet de la création de centres fermés de protection sociale - de la commission des lois du Sénat sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses conduite par les sénateurs par Philippe Goujon et Charles Gauthier de juin 2006 ; une troisième sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux confiée au député Jean-Paul Garraud d'octobre 2006.

à garder leur sang-froid, y compris à la suite de vos travaux, et encore moins, de leur volonté de changer de doctrine en matière de traitement judiciaire de l'irresponsabilité pénale au risque de déplaire au corps social en faveur de la responsabilisation.

Dans un contexte de désenchantement du monde, le gouvernement continue à manipuler les peurs de sorte que cette lettre de mission s'apparente à une nouvelle commande sécuritaire. Le traitement médiatique puis politique des faits divers ne fait en effet qu'aggraver la peur « des fous criminels » et alimenter des représentations sociales archaïques et persistantes associant folie et criminalité. Le débat et l'urgence se situent pourtant ailleurs, à savoir la santé de ces personnes, la qualité de leur prise en charge et leurs conditions de vie sociale.

S'il n'est absolument pas nouveau que les rapports du politique au psychiatrique s'inscrivent dans une législation du fait divers, certains ayant même conclu à « *la collusion du politique avec le juridique et (à) l'absorption par l'Etat de l'événementiel pour imposer une politique déjà réfléchi par ailleurs* »⁴, le Syndicat de la magistrature insiste tout de même en introduction sur ces biais méthodologiques encore ici adoptés, tout en pointant que la mobilisation politique sur ce sujet est à rebours de la réalité. Est-il besoin de rappeler que la part des malades mentaux dans l'ensemble de la délinquance est très modeste et que le risque social qu'ils représentent est marginal, les recherches ayant montré qu'ils sont nettement plus victimes de crimes et délits que le reste de la populations ?

Contrairement à la volonté affichée au fil des diverses missions parlementaires menées sur ce thème depuis une vingtaine d'années, à savoir « *tracer les voies d'un équilibre pour la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux, qui tiennent compte à la fois des préoccupations liées aux soins, à la sécurité et aux libertés* »⁶, il s'avère que les questions du soin et de la liberté ont été durement maltraitées par les gouvernements successifs et il va sans dire que la loi du 25 février 2008 a marqué un retour en force de l'école de la défense sociale. D'ailleurs, en traitant dans le même texte la rétention de sûreté et la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, le législateur a assumé l'assimilation entre personnes souffrant de troubles psychiatriques et criminels dangereux⁷.

Il paraît bien loin de temps des conclusions du rapport Demay « Une voie française pour une psychiatrie différente » de 1982 commandé par le ministère de la santé de l'époque, où la récusation de la normalisation était affirmée comme une exigence éthique et où il était réclamé une psychiatrie moins pensée comme étant au service du corps social qu'au service de ses patients : « *le concept de prévention, s'il se réfère à une normalité, le concept de guérison, s'il se réfère à une normalisation, et enfin le concept d'assistance, s'il nécessite l'étiquetage et l'invalidation, vont à l'encontre de toute démarche thérapeutique dans le champ de la psychiatrie* ».

⁴Se référant à une étude de la presse de Nikos Kalampalikis et al., Caroline Guibet Lafaye, « Entre défense des droits et logique sécuritaire : le traitement politique du psychiatrique aux prises avec les faits divers ».

⁵Laurent Mucchielli, « Délinquance et psychiatrie : réflexions sociologiques sur la définition et le rôle de la maladie mentale », *La psychiatrie à l'épreuve de la Justice*.

⁶Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat sur la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions, par Gilbert Barbier, Christiane Demontès, Jean-Renée Lecerf et Jean-Pierre Michel, 5 mai 2010.

⁷En ce sens : Marie Sautereau, Herminie Leca, Aurélie Vittoz, Frédéric Meunier et Pierre Lamothe « Les évolutions législatives françaises : un pas de plus vers la confusion justice psychiatrie. A propos de la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Psychiatrie et violence*, vol.9, n°1.

Aux questions posées dans la lettre de mission⁸¹, le Syndicat de la magistrature va tenter de livrer certaines analyses et propositions qui seront forcément influencées par notre doctrine générale selon laquelle le droit de punir les fous devrait être exclu dans un système démocratique. Sur la question d'une part de la constatation du trouble mental délimité par l'article 122-1 du code pénal (I), nous poserons un regard très critique sur la notion de dangerosité, tant dans sa conception que dans son usage au pénal, sans épargner les experts et les magistrats dans leurs exercices d'évaluation, tout en interrogeant les correctifs possibles pour limiter la tendance à la surpénalisation de la maladie mentale et à son pendant qui est la carcéralisation des malades mentaux, phénomènes qui sapent le travail de prévention de la récidive. Sur la question d'autre part de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale encadrée par les articles 706-119 et suivants du code de procédure pénale (II), nous réaffirmerons les raisons de notre opposition à toute forme de procès des malades mentaux et de notre rejet des mesures de sûreté.

I- La constatation du trouble mental :

La responsabilisation des fous à l'ère du « populisme pénal » : Le Syndicat de la magistrature observe que les termes de la présente mission s'inspirent du courant de l'utilitarisme pénal qui s'est mué en « populisme pénal » depuis plusieurs années. En dehors du bilan de la loi de 2008, il est en effet principalement appelé à réfléchir sur une pénalisation renforcée des passages à l'acte imputables aux malades mentaux. Cet axe de réflexion n'est nullement étonnant car il est - malheureusement - une constante : la réprobation populaire de l'acte déviant fait office d'acte politique. Or, le politique a fait de la sécurité une liberté première. L'équilibre entre sécurité et liberté n'a jamais été aussi fragile et le droit de punir est devenu l'ingrédient bon marché des politiques pénales contemporaines. Les doctrines de la tolérance zéro, les législations compulsives s'apparentant à une gestion permanente de l'urgence, alimentée par nature de faits divers, dans un contexte de dévalorisation des élans émancipateurs où la défense des droits a supplanté leur conquête, transforment notre ordonnancement juridique, qui n'est à l'évidence plus à l'avantage des fous. Les déviants, les marginaux, les étrangers, les pauvres, les fous ont de tout temps été des objets politiques de relégation ou de neutralisation, mais l'arme du droit pénal est particulièrement aiguisée de nos jours par des pouvoirs publics enclins au seul pragmatisme sécuritaire. Denis Salas décrit bien mieux cette société d'aujourd'hui qui punit les fous : *« Ces « sociétés d'individus » ont deux faces : d'un côté, des individus conquérants astreints à la performance et, de l'autre, les marginaux, les stigmatisés (« les mauvais pauvres ») avec, en bout de chaîne, les exclus. Toute la question est de savoir comment contrôler cette masse de « perdants », inadaptés au marché et conçus comme une « population à risques », tentés par la déviance ou le crime. Dans le vide créé par le déclin de l'État social s'installe une idéologie pénale ségrégative. Ce discours ne se sent plus responsable du vivre ensemble. Il cesse d'énoncer les voies d'une communauté politique où tous auraient leur place. Au contraire, il se lance dans une politique de « responsabilisation » des individus qui auront mal compris où est leur intérêt. [...] Pour combattre le crime devons-nous, à notre tour, rendre l'homme responsable de son malheur ? »*⁹.

⁸¹- Les termes de l'article 122-1 du code pénal sont-ils satisfaisants ? Une évolution législative sur ce point vous paraît-elle opportune afin notamment d'exclure, soit de manière systématique soit dans certaines hypothèses, la possibilité de déclarer l'auteur d'une infraction irresponsable en raison de l'abolition de son discernement lorsque cette dernière résulte d'une intoxication volontaire ? 2- La procédure résultant des dispositions des articles 706-119 et suivants du code de procédure pénale vous semble-t-elle adaptée ou au contraire nécessiter une modification des textes ?

⁹Denis Salas, La responsabilisation des fous criminels à l'ère néolibéral, *L'information psychiatrique*, 2012/6, volume 88.

Comme la maladie mentale importe peu à l'ère du risque et que la folie n'est plus singulière mais est autre, il va sans dire que l'approche émotionnelle et sécuritaire de ce type de réflexion sur l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental depuis plus de vingt ans a totalement façonné les pratiques des acteurs judiciaires. Les études¹⁰ sur l'évolution de la pratique de l'irresponsabilité mettent en effet en évidence une nette tendance responsabilisante tant du côté des magistrats que du côté des experts psychiatres.

Le Syndicat de la magistrature a conscience que l'irresponsabilité psychiatrique comme premier rempart aux mauvais traitements judiciaires n'est plus dans l'air du temps et que la psychiatrie publique, redevenue un soin médicalisé par la contrainte, et souvent la contention, connaît une crise de son « éthique soignante »¹¹, mais ne peut toutefois que réaffirmer sa conception de l'individu malade mental, pénalement responsable ou pas, à savoir celle d'une personne vulnérable comme les autres. Ne pas appliquer le droit de punir à une personne qui a agi sous l'emprise d'une force qui la dépasse et lui cause le plus souvent souffrance et exclusion sociale nous semble une évidence quand bien même cette position serait de nos jours rangée dans le camp des irresponsables, ou au mieux des utopistes.

Les mutations institutionnelles et philosophiques depuis les années 1950 ont conduit à ce que l'irresponsabilité pénale des malades mentaux cède - aussi - devant l'exigence de responsabilisation. Mise à part une courte période dans les années 1970, force est de constater qu'il est bien loin le temps où toute déraison partielle devait entraîner l'irresponsabilité totale, où l'aliéné était avant tout un malade et ne pouvait être puni.

La France a néanmoins longtemps résisté au courant positiviste, l'article 64 du code pénal de 1810¹² ayant fait figure de texte de principe pour exclure du domaine de la sanction pénale les déments¹³. Puis, hormis la circulaire Chaumié¹⁴ et les réflexions influentes de la défense sociale nouvelle au sortir de la seconde guerre mondiale, c'est le nouveau code pénal de 1994 et son article 122-1 qui a ouvert une brèche dans la frontière entre folie et délinquance. Par la suite, l'injonction de soin du suivi socio judiciaire créée par la loi du 17 juin 1998¹⁵ constituera l'une des premières mesures alliant sanction et soin utilisée par la justice, de façon légitime, mais parfois illusoire, dans le but de limiter les risques de récidive.

Dans la continuité de ce mouvement criminologique de la déviance, incluant l'idée d'un déterminisme du crime, la loi de 25 février 2008 a renforcé la pénalisation de la maladie mentale, accompagnant la montée en puissance de la clinique de la dangerosité et de la récidive.

¹⁰Par exemple : Jean Ayme, « La refonte du code pénal », *L'information psychiatrique*, 1991, vol.67, n°4 ; thèse de Caroline Protais.

¹¹Jean-Pierre Martin, *Emancipation de la psychiatrie. Des gardes-fous à l'institution démocratique*, Edition Syllepse.

¹²« il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. ».

¹³Non sans ignorer la mesure de relégation créée en 1885 (il s'agit d'une peine reposant sur une présomption irréfragable d'incorrigibilité), qui a été remplacée en 1970 par la *tutelle pénale*, mesure de sûreté post-carcérale, qui a elle-même été supprimée par la loi dite sécurité et liberté du 2 février 1981.

¹⁴Le 20 décembre 1905, le garde des Sceaux Joseph Chaumié adresse aux parquets généraux une circulaire qui pose le principe de l'atténuation de la peine pour les personnes reconnues responsables de leurs actes tout en présentant un trouble mental.

¹⁵Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant de constater que les chiffres du ministère de la Justice révèlent une chute de l'irresponsabilité pour cause de trouble mental. Ces données statistiques confirment ainsi une tendance à la responsabilisation des auteurs d'infractions présentant des troubles mentaux, qui survient dès les années 1980, se prolongeant dans les années 1990 et se stabilisant à la baisse dans les années 2000, étant indiqué que la présence de psychiatres qui ne prononcent quasiment plus d'irresponsabilité pour cause de trouble mental est une des caractéristiques essentielles de ce début du XXIème siècle¹⁶.

Un usage essentialisé de la dangerosité : La figure de l'autre dangereux est ancestrale et le fou n'a pas échappé à cette incarnation. Certes, la peur irraisonnée de la folie dans la population est un fait, mais la responsabilité du politique serait de dépassionner le débat judiciaire et de mettre en place des pare-feux juridiques pour protéger ces plus faibles. Or, accepter le concept de dangerosité, c'est valider l'amalgame entre folie et acte fou alors que reconnaître l'ampleur d'un crime dans son inhumanité ne doit pas empêcher l'analyse de son sens humain.

Les alertes de Michel Foucault étaient pourtant limpides. « *En mettant de plus en plus en avant non seulement le criminel comme sujet de l'acte, mais aussi l'individu dangereux comme virtualité d'actes, est-ce qu'on ne donne pas à la société des droits sur l'individu à partir de ce qu'il est ? Non plus, certes, à partir de ce qu'il est par statut (comme c'était le cas dans les sociétés d'Ancien Régime), mais de ce qu'il est par nature, selon sa constitution, selon ses traits caractériels ou ses variables pathologiques. Une justice qui tend de s'exercer sur ce qu'on est : voilà qui est exorbitant par rapport à ce droit pénal dont les réformateurs du XVIIIème siècle avaient rêvé et qui devait sanctionner, d'une façon absolument égalitaire, les infractions explicitement et préalablement définies par la loi. Peut-être pressent-on ce qu'il y aurait de redoutable à autoriser le droit d'intervenir sur les individus en raison de ce qu'ils sont : une terrible société pourrait sortir de là* »¹⁷.

La dangerosité, au-delà de son contour juridique très flou, demeure une notion contestée par les praticiens et les chercheurs qui rappellent que la dangerosité ne doit pas se confondre avec la maladie mentale et que, quand bien même celle-ci est souvent associée au risque de violence, cette stigmatisation est injustifiée. Plusieurs études ont ainsi démontré que les actes criminels des malades mentaux étaient sept fois moins fréquents que dans la moyenne de la population et qu'à l'inverse ils en sont le plus souvent victimes¹⁸. D'autres études ont mis en évidence que « *même si le risque de violence associé aux troubles mentaux graves est plus élevé que celui retrouvé dans la population générale, le nombre absolu des agressions commises par les patients reste faible. De 85 à 97 % des agresseurs ne sont pas des malades mentaux* »¹⁹. Il est également rappelé que la pulsion agressive est une composante normale de la subjectivité humaine et non un « symptôme morbide » par nature. Quant au passage à l'acte psychotique, « *le sujet est morcelé et non autonome ; il capte un réel menaçant non-symbolisable qui fait irruption dans son univers imaginaire. Il réagit le plus souvent par le repli mais aussi, quand l'intrusion déborde ses défenses morcelées, par des actes impulsifs imprévisibles qui n'ont qu'exceptionnellement un caractère de « dangerosité »* ».

¹⁶Source Etude Protais ; Caroline Protais, « La restriction du champ de l'irresponsabilité pour cause de trouble mental depuis 1950 », *Les Cahiers de la Justice*, 2017, n°2.

¹⁷L'Evolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale du XIXème siècle », *Dits et Ecrits*, volume II.

¹⁸Rapport *Violence et santé mentale*, mars 2005 dirigé par Anne Lovell, travaux préparatoires à l'élaboration du plan Violence et santé en application de la loi relative à la politique de santé publique du 9 août 2004.

¹⁹J.-L. Dubreucq, C. Joyal, F. Millaud, « Risque de violence et troubles mentaux graves ». Université de Montréal. *Annales médico-psychologiques* 2005.

Comme nous l'avons souligné, les malades mentaux sont plus victimes qu'agresseurs. Jean-Louis Senon²⁰ a ainsi indiqué que « *le trouble mental expose celui qui en souffre à être victime de violences dans une proportion dix-sept fois supérieure à la moyenne* ». Comme l'a également rappelé le docteur Christiane de Baurepaire²¹ « *un malade mental n'est pas plus enclin au comportement dangereux que la population non psychiatrique. Encore faut-il le traiter et le suivre* ».

Plus loin, selon Angelo Barbato²², il faut cesser de considérer, de façon démagogique, l'ensemble des patients comme une menace potentielle pour une population de victimes, car ces discriminations alimentent une forme de « paranoïa sociale », laquelle est la source principale de dangerosité.

Par ailleurs, la notion de dangerosité recèle l'idée de naturalisation, de biologisation du danger, empêchant de penser les processus de violences sociales qui visent de façon inégale des individus et des groupes d'individus. Il n'y a pas de danger en soi, mais un danger en situation. C'est pourquoi, le Syndicat de la magistrature préfère à la notion de dangerosité celle de vulnérabilité et partage une approche interactionniste de la folie²³. L'inscription sociale d'un individu et son roman familial sont tout autant indispensables à la compréhension d'un débordement.

Aussi, si le risque violent lié à la maladie mentale est largement surévalué dans les discours et s'il n'est pas question non plus d'évacuer cette problématique ou de la minimiser, il est accablant de constater la place prédominante de l'évaluation de la dangerosité en procédure pénale, qui est devenue pléthorique et consubstantielle de la plupart des réformes pénales. Le dernier exemple est d'ailleurs tout récent avec la loi du 10 août 2020 instaurant de nouvelles mesures de sûreté à l'encontre des personnes condamnées pour des faits de nature terroriste²⁴, largement invalidée par le Conseil constitutionnel.

Quelle évaluation de la dangerosité ? La première question qu'il faudrait poser serait pourquoi évaluer la dangerosité ? Pour beaucoup de praticiens, une telle démarche, qui prend la forme aujourd'hui d'une injonction, contrevient à leur mission qui est celle de soigner. La confrontation de la psychiatrie au champ médico-légal marque en effet l'antithèse d'une psychiatrie ouverte sur la cité et le soin. Le malade, criminel potentiel, est réduit à un objet criminologique, à une « rationalité de précaution »²⁵, au prix de la place qui devrait être réservée à la compréhension de ce qui se joue dans le psychisme de ceux débordés par une violence, et donc une souffrance.

²⁰Professeur de médecine auditionné devant les commissions des affaires sociales et des lois au Sénat dans le cadre du groupe de travail *sur la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions* ayant remis leur rapport d'information le 5 mai 2000.

²¹Ancienne responsable du service médico-psychologique régional (SMPR) de Bordeaux.

²²Angelo Barbato a été président de l'Association mondiale de réhabilitation psychosociale. Il est directeur de l'unité « Epidémiologie et psychiatrie » de l'Institut Marion Negri à Milan.

²³En ce sens, Erving Goffman, *Mise en scène de la vie quotidienne*, 1973, qui considère la folie comme un trouble qui, conduisant à des « inconvenances situationnelles » plus ou moins graves, met à l'épreuve les règles de l'interaction.

²⁴Loi n°2020-1023 du 10 août 2020 *instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine*.

²⁵Doron C.-O., Rétention de sûreté et devoir de précaution. Intervention au XVIIe séminaire du Comité Européen Droit, Ethique et Psychiatrie, « Dangerosité, sécurité des personnes. Une question de santé mentale ? » Bari, 9-12 mai 2008.

S'agissant de cette question de l'évaluation de la dangerosité, le Syndicat de la magistrature fait le choix, dans le cadre de cette mission, de ne pas interroger le champ de l'opportunité de l'expertise psychiatrique qui conduirait à développer notamment une analyse sur l'antipsychiatrie et sur l'utilité du savoir expertal psychiatrique²⁶, sujets intellectuellement essentiels mais qui ne serviraient pas les intéressés de la présente commission.

Néanmoins, il n'est pas anecdotique de rappeler les conclusions du rapport sur le projet de refonte du droit des peines remis au ministre de la Justice le 18 décembre 2015 : « la commission entend prendre ses distances avec le concept de « dangerosité » qui ne ressortit d'aucune notion juridique et qui, pour le plus grand nombre des personnes consultées et, en particulier, pour les experts psychiatres, ne peut être défini avec précision. Les incertitudes qui entourent une notion qui, en application de certains textes, est pourtant susceptible d'affecter notablement les possibilités d'aménagement de peines, ne peuvent se prolonger et doivent donc être levées »²⁷.

Du point de vue judiciaire, cette notion de dangerosité, qui est pourtant devenue l'une des pierres angulaires du droit pénal, demeure difficile à appréhender à défaut de définition précise. Jusqu'à une loi relativement récente, la dangerosité ne faisait l'objet d'aucune tentative de définition, étant indiqué que la loi du 25 février 2008 avait simplement précisé à propos de la rétention de sûreté : « [...] une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité [...] »²⁸. Ce n'est que depuis la loi 27 mars 2012²⁹ que la notion de dangerosité recouvre deux acceptions : l'une psychiatrique, se définissant comme un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental, l'autre criminologique, ayant trait à la forte probabilité que présente un individu de commettre une nouvelle infraction empreinte d'une certaine gravité.

Au-delà de nos objections à propos du concept même de dangerosité, qui renvoie à une illusion prédictive, stigmatisante et réductrice, le Syndicat de la magistrature n'est convaincu par aucune de ces deux acceptions de la notion de dangerosité.

Comme le développe Elisabeth Gomez³⁰, la recherche menée en Charente-Maritime sur la prévention de la récidive³¹ a eu notamment pour mérite d'apporter un éclairage sur l'acception « judiciaire » du concept de dangerosité. « Il semble que l'on puisse d'emblée écarter la notion de « dangerosité psychiatrique ». Il a en effet été observé que la dangerosité telle qu'elle est évaluée par les différentes instances appelées à statuer au long du parcours pénal d'un individu (qu'il s'agisse, par exemple, pour la phase post-sentencielle, des juridictions de l'application des peines ou des instances particulières d'évaluation à dimension pluridisciplinaire) est détachée de l'existence d'une pathologie mentale structurée ou évolutive. [...] L'exclusion de la dangerosité psychiatrique a aussi pour mérite de clore la discussion sur la probabilité du retour du fait biologique dans l'explication de la délinquance. On devrait donc conclure que c'est plutôt la notion de dangerosité criminologique qui anime le système pénal. Ainsi, « l'individu va apparaître ou non dangereux pour la société eu égard au risque de commission d'une nouvelle infraction ». Cela étant, la notion de dangerosité criminologique ne trouve pas

²⁶Que par exemple Michel Foucault, dans *Les anormaux : cours au Collège de France (1974-1975)*, Paris, 1999 qualifiait de « grotesque [...] ubuesque » [...] qui vient construire le criminel à punir sur la base de préjugés moraux se parant des attributs de la science ».

²⁷Etant indiqué que cette commission proposait également la suppression de la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté.

²⁸Article 706-53-13 du code de procédure pénale.

²⁹Loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines.

³⁰Elisabeth Gomez, *L'imputabilité en droit pénal*. Droit. Université de La Rochelle, 2017.

³¹André Giuducelli (dir.), *Le champ de la prévention de la récidive dans sa dimension multi-partenariale*.

plus les faveurs de la doctrine. Mireille Delmas-Marty, à l'occasion d'un colloque organisé par la Fédération protestante de France le 22 juin 2011, considérait qu'« une dangerosité dite criminologique [...] est un terme encore plus vague que la dangerosité psychiatrique qui est liée à la maladie mentale » ».

En effet, confier à l'expert l'appréciation de la dangerosité criminologique relève de « l'art divinatoire »³². Aucune expertise psychiatrique ne peut garantir, sauf à la marge, l'absence de dangerosité d'un prévenu qui a commis une infraction d'une particulière gravité. Aucune expertise ne peut assurer que celui qui a manqué de discernement à un moment donné, au point de commettre un acte pénalement punissable, ne sera pas amené à le renouveler, quand le même contexte se présentera. Dans la même veine criminalistique, est tout autant contestable la méthode actuarielle qui relève d'une approche statistique de la dangerosité.

En revanche, le Syndicat de la magistrature est favorable à ce que le caractère multifactoriel des critères d'évaluation de la dangerosité soient davantage explicités dans le texte. L'approche pluridisciplinaire et multi-partenariale (pénal, sanitaire et social) doit être plus fortement valorisée aux fins d'une évaluation qualitative de la dangerosité, ce qui suppose des moyens conséquents au bénéfice des services pénitentiaires d'insertion et de probation et des partenaires menant des enquêtes sociales. Il est essentiel que la personne malade ne soit pas appréhendée à partir de l'une de ses caractéristiques, telle la dangerosité, mais selon une approche globale consistant à la replacer dans son contexte de vie³³. Il est pertinent, d'un point de vue méthodologique dans l'analyse de la déviance, de combiner l'étude des trajectoires individuelles avec celle des déterminants sociaux. Comme l'a conclu Laurent Mucchielli à la suite de trois études empiriques³⁴ sur des crimes différents, la grande majorité des auteurs d'homicides et de viols examinés étaient en mauvaise santé morale et psychologique, pour des raisons qui tiennent à la fois à leur histoire familiale et leur situation socio-économique et « *cette étroite articulation du mental et du social prouve, s'il en était besoin, que l'amélioration globale et durable des problèmes de sécurité ne réside pas principalement dans le traitement individuel des auteurs d'infractions, mais bien dans l'organisation socio-économique de la société* ».

Il serait dès lors envisageable de modifier la rédaction de l'article 122-1 pour y inclure les modalités de prise en charge des individus concernés, en rajoutant notamment au texte les questions de l'accessibilité à la sanction et de l'accessibilité aux soins, d'autant que l'analyse³⁵ de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme révèle que la Cour s'interroge, sous l'angle de l'article 3 de la Convention, sur la capacité à la détention des délinquants malades mentaux et a tendance à mettre en cause l'environnement carcéral quand il s'agit de détenus malades.

Les déviances des experts psychiatres dans l'évaluation de la dangerosité : Il est saisissant de voir comment les transformations de la société de ces vingt dernières années ont percuté les

³²Bruno Gravier, « Faut-il évaluer la dangerosité », Observatoire Santé mentale Vulnérabilité et Sociétés, Centre hospitalier Le Vinatier.

³³En ce sens : Norman BISHOP, ancien chef de recherches à l'Administration pénitentiaire et probationnaire suédoise, expert scientifique au Conseil de l'Europe, audition CNCDH, 4 avril 2006.

³⁴Laurent Mucchielli, « Délinquance et psychiatrie : réflexions sociologiques sur la définition et le rôle de la maladie mentale », *La psychiatrie à l'épreuve de la Justice* ; Laurent Mucchielli, Véronique Le Goaziou, *Les déterminants de la criminalité sexuelle (étude du viol)*, Rapport final, Guyancourt, CESDIP, 2010.

³⁵Françoise Tulkens et Claire Dubois-Hamdi, « Prison et santé mentale. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». Les presses de l'Université de Montréal. *Justice et santé mentale* 2015, vol. 48.

missions de l'expert psychiatre, enjoint à prédire au nom de la défense sociale, dans un contexte de pénurie des services publics de la justice et de la santé.

L'étude réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice en octobre 2016 intitulé « L'irresponsabilité pénale au prisme des représentations sociales de la folie et de la responsabilité des personnes souffrant de troubles mentaux »³⁶ est particulièrement éclairante à cet égard et rejoint en très grande partie les observations du Syndicat de la magistrature.

Tout d'abord, il ressort de nos diverses expériences professionnelles que le nombre d'experts psychiatres qui restreignent considérablement le champ d'application de l'article 122-1 alinéa 1 du code pénal devient prédominant. Il est inquiétant de lire, dans cette étude, que ces catégories d'experts *« vont même mettre en place des stratégies de contournement de la question de l'irresponsabilité »* et qu'*« il existe une recrudescence des cas sur lesquels les experts posent des diagnostics composites, oscillant entre des troubles du comportement (psychopathie - voire toxicomaniaque - ou perversion) et la psychose, sans reconnaissance d'une pathologie clairement posée. La présentation clinique de ces mis en examen est marquée par l'ambiguïté, ce qui explique la labilité des diagnostics posés par les experts »*.

Ensuite, en sus de cette labilité des diagnostics, il convient de relever une modification des profils de personnalité, lesquels ont changé en raison des évolutions de la société. La plupart des cliniciens s'accordent en effet à constater une évolution des psychismes depuis quelques décennies, avec une augmentation des troubles de la personnalité. Les structurations dites névrotiques, données comme plus stables et plus compatibles avec la vie en société, sont en forte régression numérique au profit de formations psychiques intermédiaires à plus forte impulsivité, à moindre contrôle émotionnel.

Par ailleurs, comme le relèvent les chercheurs de cette étude, *« il a toujours existé une opposition entre experts, la diversité de la pratique expertale mise en évidence ne datant pas d'hier. Toutefois, dans les années 2000 jusqu'en 2014, les cas qui suscitent des désaccords entre experts évoluent : ce ne sont plus les « psychopathes », mais bien les personnes qui présentent des troubles de la lignée psychotique, s'apparentant au délire, voire à de la dissociation. Dans la période actuelle, les seuls cas qui peuvent postuler à l'irresponsabilité pour cause de trouble mental sont justement les personnes qui présentent des troubles de l'ordre de la psychose. Et les raisonnements consistant à envisager que la personne reste responsable de ses actes, malgré la présence de troubles psychotiques de quelque nature que ce soit, sont typiques de la période récente. A l'inverse, le raisonnement diagnostique consistant à associer la psychose à l'état d'irresponsabilité était majoritaire dans les années 1950 »*.

Pire encore, ces mêmes chercheurs observent que *« si la période actuelle témoigne d'une forte disparité entre les psychiatres sur la question de l'irresponsabilité pour cause de trouble mental, les composantes psychopathiques, toxicomaniaques, héboïdophrénique d'un psychotique constituent des prises essentielles pour ceux qui affectionnent peu le « non-lieu psychiatrique »*. Ils apparaissent ainsi se servir de la controverse clinique pour asseoir leurs conceptions médico-légales ». Dans une autre logique tout aussi contestable, sont constatées des suspicions morales sur les « mauvais malades » qui mettent en échec leur traitement thérapeutiques, en remplaçant notamment par des toxiques, et que la psychiatrie renvoie à la justice.

³⁶Caroline Lafaye, Camille Lancelevée, Caroline Protais, « L'irresponsabilité pénale au prisme des représentations sociales de la folie et de la responsabilité des personnes souffrant de troubles mentaux », Mission de recherche Droit et Justice en octobre 2016.

Le Syndicat de la magistrature ne peut ainsi que s'inquiéter de cette tendance actuelle consistant à envisager que la personne reste responsable de ses actes, malgré la présence de troubles psychotiques de quelque nature que ce soit, et faisant de l'expert un protecteur de la société contre les failles du système psychiatrique, en dépit de l'inadaptation du champ judiciaire au traitement des pathologies concernées. L'ambiance sécuritaire pèse ainsi manifestement sur la clinique psychiatrique, au demeurant sursollicitée par l'institution judiciaire dans une société où les gouvernants font croire à la domestication de l'aléa et au contrôle de l'imprévu.

Les « déviances » des magistrats dans l'évaluation de la dangerosité : La Cour de cassation³⁷ a toujours rappelé que le juge n'était pas tenu de suivre les conclusions d'un rapport d'expertise. En effet, conformément à l'article 427 du code de procédure pénale, le juge apprécie librement les éléments de preuve et décide d'après son intime conviction. La Cour de cassation³⁸ a également pu affirmer que les juges du fond, après avoir apprécié souverainement deux rapports d'expertise contradictoires, peuvent retenir les conclusions d'un seul des deux rapports. Le juge doit toutefois motiver de manière suffisante sa décision et, en particulier, doit suffisamment s'expliquer sur le trouble mental ou l'absence de trouble mental³⁹.

Avec la montée en puissance de la figure de l'expert et l'injonction pénale de sondage croissant des âmes, le juge et le psychiatre forment un couple irrésistible. « *En formalisant un savoir autour du crime, les experts psychiatres apportent les éléments de personnalisation nécessaires à une justice désormais soucieuse de faire de la punition légale une « technique de transformation individuelle »* »⁴⁰.

Si les rapports entre le juge et l'expert sont protéiformes, les pratiques juridictionnelles suivent la tendance responsabilisante des psychiatres, conformément à l'évolution du mandat des experts, dont la mission, initialement centrée sur la question de la responsabilité psychiatrique de la personne, s'est élargie à une mission criminologique. Plusieurs études ont été menées dans ce domaine et ont notamment mis en évidence que la « *neutralité affichée du juge en matière d'irresponsabilité pénale s'effrite* »⁴¹.

Plusieurs autres constats sont également pointés (dans cette même étude de la Mission de recherche Justice et Droit de 2016) concernant la relation entre experts psychiatres et magistrats autour de la question de l'irresponsabilité pénale. Premièrement, les magistrats utilisent les rapports d'expertises comme un réservoir d'arguments qui leur permettent de produire une « vérité judiciaire » justifiant leur décision, ce que les chercheurs appellent « l'art de la pioche ». Deuxièmement, le juge a bien la possibilité de choisir des experts plutôt favorables ou défavorables au principe d'irresponsabilité, mais cette dimension est relativement secondaire dans l'arbitrage des magistrats les plus récemment installés. Troisièmement, les processus pénaux à l'œuvre dans les crimes et les délits s'avèrent défavorables au principe de l'irresponsabilité pour cause de trouble mental, quoique pour des raisons différentes. Dans les

³⁷Crim. 11 mars 1958, Bull. crim. n°238 ; 6 juin 1979, n°78-92.860.

³⁸Crim. 12 mai 2004, n°03-84.592.

³⁹Crim. 7 octobre 1992, n°92-82.181.

⁴⁰Michel Foucault, « l'évolution de la notion d'individu dangereux dans la psychiatrie légale du XIX^{ème} siècle, *Dits et Écrits*.

⁴¹En ce sens notamment, F. Chauvaud, L. Dumoulin (dir.), 2003. *Experts et expertises judiciaire* : France, XIX^e et XX^e siècles. Rennes, Presses Universitaires de Rennes ; L. Dumoulin, 2007. *L'expert dans la justice – de la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica ; Camille Lancelevée, Caroline Protais, Tristan Renard et Sébastien Saetta. *Un renouveau des recherches francophones sur les relations entre la justice et la santé mentale*.

cas de crimes, les magistrats sont loin de se contenter d'une expertise allant dans le sens de l'irresponsabilité, renforçant leur décision en commettant des contre-expertises. Dans les cas des délits, les juges témoignent de moins de précautions pour prendre leurs décisions, mais l'accès réduit à l'expertise tout comme les conditions de réalisation des examens dans le courant de la garde à vue nuisent à l'activité diagnostique et exposent les délits à la grande labilité des experts et des juges décidant de l'opportunité de l'expertise.

Il va sans dire par ailleurs que la pénurie d'experts, les conditions dégradées d'exercice des missions de chacun, les contraintes procédurales parfois liées aux délais de détention provisoire, l'absence de revalorisation financière des experts psychiatres et psychologues, préjudicient à la régularité et à la qualité des échanges entre juge et expert.

Le Syndicat de la magistrature observe enfin sur ces pratiques empruntées de biais, clairement en défaveur de l'irresponsabilité pénale, que les juges surtout instructeurs, mais également correctionnels, utilisent peu les textes relatifs aux soins sans consentement. Une fois le processus pénal engagé, le passage aux mesures d'hospitalisation complète, certes contraignantes, n'est pas investi alors qu'il est souvent des cas où la question de l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental se pose dès le début de la procédure, de sorte que les investigations sur les faits priment sur celles concernant la personnalité alors que les unes ne devraient pas nuire aux autres. Beaucoup de mis en examen ou mis en cause se retrouvent ainsi soumis aux contraintes carcérales des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) ou des services médico-psychologique régional (SMPR) - qui ne sont pas exempts de critiques⁴² - alors qu'ils relèveraient de l'hospitalisation complète soumise au contrôle du juge des libertés et de la détention.

La surpénalisation des malades au discernement altéré et l'incarcération massive des malades mentaux : Dès le lendemain de l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994 et la création de l'article 122-1, il a pu être observé que la mise en œuvre de la responsabilité pénale d'un individu au discernement altéré conduisait à une aggravation de la peine, du moins pour les faits les plus graves. La présence d'une forte proportion de personnes souffrant de troubles mentaux en prison, contraire aux valeurs humanistes, à l'exigence d'éthique médicale ou à la sécurité, a conduit à la réforme du 15 août 2014⁴³. Le législateur a alors établi *a priori* un lien entre la mesure du discernement de l'agent et le quantum de la peine privative de liberté. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état.

Alors que l'alinéa 2 a été conçu comme un moyen de modérer les sanctions par la reconnaissance d'une responsabilité partielle, la pratique a toutefois conduit à l'effet inverse : jugées à la fois coupables, folles et dangereuses, les personnes dont il a été reconnu une altération du discernement au moment des faits voient au contraire souvent leurs peines alourdies. Le verdict est implacable, d'autant qu'elles sont condamnées à un parcours sans fin : quartiers ordinaires en détention, quand il ne s'agit pas des quartiers disciplinaires ou d'isolement ; hospitalisations sous contrainte, en hausse considérable ; rue, les projets

⁴²Collectif Contrast, La création des UHSA : une nouvelle régulation de l'enfermement ? *Déviance et Société* 2015/4, vol. 39.

⁴³Loi n° du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions.

d'aménagement de peine étant difficilement accessibles sans emploi et logement. Le tout couplé à l'effet pervers d'une politique de renforcement de l'offre de soins en prison ayant conduit à une plus grande acceptabilité de l'incarcération des malades mentaux. Pour être honnête, tout magistrat s'est déjà dit : « mieux vaut que cette personne, certes malade mentale, soit incarcérée et prise en charge - même mal - en prison, plutôt que de retourner dans l'errance ».

« Le cercle rue-hôpital-prison », connu sous le nom de *revolving door* dans les pays anglo-saxons plus documentés en la matière, est un phénomène qui a été récemment étudié en France⁴⁴. Il a ainsi été mis en évidence qu'être sans abri et en grande difficulté psychique augmentent significativement les risques d'incarcération dans le cadre de la procédure de comparution immédiate.

C'est pourquoi, pour sortir de ce cercle vicieux et contreproductif pour tout le monde, le Syndicat de la magistrature considère que la procédure de comparution immédiate devrait être proscrite pour toute personne pour laquelle les premiers éléments de l'enquête sont en faveur d'une altération de son discernement. Il serait également envisageable d'appliquer aux personnes dont le discernement est altéré une réduction de peine automatique de moitié. La pénalisation de la folie s'inscrit trop cruellement dans la réalité pénitentiaire. Le fait qu'un nombre croissant de personnes souffrant de troubles mentaux soit incarcéré n'est d'ailleurs plus contesté. Plus de 20 % des personnes incarcérées sont atteintes de troubles psychotiques, dont plus de 7 % de schizophrénie ; huit hommes détenus sur dix présentent au moins un trouble psychiatrique, la grande majorité en cumulant plusieurs, dont la dépression pour nombre d'entre eux, l'anxiété généralisée ou la névrose traumatique⁴⁵. Selon l'Observatoire international des prisons (OIP), le taux de pathologies psychiatriques est vingt fois plus élevé en prison que dans le reste de la population. Et, en 2011, la Cour des comptes⁴⁶ estimait à 107 milliards par an le coût économique des troubles psychiatriques. Les chiffres de cette surreprésentation massive ne sont plus discutés, ce qui conduit de façon perverse à banaliser le recours à l'incarcération des malades mentaux. « Cette évolution, née d'un télescopage entre l'ouverture des asiles et l'accélération du prononcé des peines, instaure une complémentarité entre des lieux de réclusion placés sous le signe de la neutralisation sociale, plutôt que du traitement. Lieux où il s'agira, de plus en plus, non de guérir d'un mal ou de purger une peine, mais de souffrir et d'attendre »⁴⁷. Il est donc urgent d'imposer par une législation des peines claire et drastique un renversement de logique afin que l'esprit de cet alinéa 2 soit enfin respecté.

II- La procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale :

Rappel procédural avant l'adoption de la loi du 25 février 2008 : Jusqu'à l'adoption de cette loi, la personne déclarée irresponsable en raison d'un trouble mental devait faire l'objet, selon l'étape de la procédure à laquelle était constatée l'affection mentale ayant aboli son discernement, d'un classement sans suite par le procureur de la République, d'une ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, d'un jugement de relaxe prononcé par le tribunal

⁴⁴Camille Allaria et Mohamed Boucekine, L'incarcération des personnes sans logement et en grande difficulté psychique dans les procédures de comparution immédiate. *Justice et santé mentale : impossibles frontières*, 2019/18.

⁴⁵Chiffres de la Haute Autorité de Santé, 2014.

⁴⁶Cour des comptes, L'Organisation des soins psychiatriques : les effets du plan « Psychiatrie santé mentale » (2005-2010). Rapport public thématique, 2011.

⁴⁷Jean Bérard, Gilles Chantraine, « La carcéralisation du soin psychiatrique », *Vacarme*, 2008, n°42.

de police ou le tribunal correctionnel, ou d'un arrêt d'acquiescement prononcé par la cour d'assises.

Ces modalités faisaient déjà l'objet de critiques, principalement de deux ordres : d'une part, de la part de certaines associations de victimes estimant être privées du droit de contester utilement la décision d'irresponsabilité et d'autre part, de certains praticiens dénonçant la confusion entre les personnes dont l'innocence était établie et celles dont l'irresponsabilité pénale était reconnue.

Le législateur a alors répondu à ces attentes. La loi du 8 février 1995⁴⁸ a modifié l'article 167-1 du code de procédure pénale en prévoyant que, lorsque les conclusions d'une expertise étaient de nature à entraîner l'application de l'article 122-1 alinéa 1er du code pénal, la notification ne s'effectuait plus par simple lettre, mais oralement, dans le cabinet du magistrat, la victime étant alors convoquée avec son avocat. Cette dernière était expressément avisée de sa possibilité de demander une contre-expertise psychiatrique. En cas de demande de contre-expertise, celle-ci était alors de droit et devait être réalisée par deux experts. Le législateur a également - et surtout - prévu, dans un nouvel article 199-1 du code de procédure pénale, que la partie civile qui conteste un non-lieu motivé par une irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental puisse obtenir que son appel devant la chambre d'accusation fasse l'objet d'une audience publique. Il était prévu, au cours de cette audience, que la personne mise en examen comparaisse, si son état le permettait et si la publicité des débats ne nuisait pas à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, et que les experts psychiatres qui l'avaient examinée soient entendus.

L'article 349-1 du code de procédure pénale, résultant de la loi du 15 juin 2000⁴⁹, a prévu quant à lui que, devant la cour d'assises, l'imputabilité des faits et l'éventuelle irresponsabilité de l'accusé feraient l'objet de deux questions distinctes.

Dans la continuité, la loi du 9 mars 2004⁵⁰ est venue parfaire le dispositif en complétant l'article 177 du code de procédure pénale par un alinéa 2 prévoyant que, lorsque l'ordonnance de non-lieu rendue par le magistrat instructeur est motivée par l'existence d'une cause d'irresponsabilité pénale prévue par la loi - et donc notamment par l'alinéa 1er de l'article 122-1 -, elle doit préciser « *s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés* ».

Rappel procédural depuis l'adoption de la loi du 25 février 2008 : Dès que le juge d'instruction en charge de l'affaire estime, à la fin de son information judiciaire, qu'il est susceptible de faire application de l'alinéa 1 de l'article 122-1 du code pénal, il en informe les parties et le procureur de la République. Ces derniers peuvent alors demander la saisine de la chambre de l'instruction qui doit statuer à l'issue d'une audience publique et contradictoire. A cette audience, le président ordonne soit d'office, soit à la demande de la partie civile ou du ministère public, la comparution personnelle de la personne mise en examen si l'état de cette dernière le permet. Comme lors d'un procès classique, l'avocat de la partie civile est entendu en premier, puis le ministère public prend ses réquisitions et enfin la personne mise en examen et son avocat présentent leurs observations. Des témoins peuvent également être entendus.

⁴⁸Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

⁴⁹Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁵⁰Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Si la chambre de l'instruction, à l'issue de cette audience, estime qu'il n'existe pas de charges suffisantes contre le mis en examen, elle déclare qu'il n'y a pas lieu de poursuivre. Si elle considère qu'il existe des charges suffisantes et que l'état mental de ce dernier ne relève pas du premier alinéa de l'article 122-1, la chambre de l'instruction ordonne le renvoi de la personne devant la juridiction de jugement compétente.

Si la chambre de l'instruction estime que les charges sont suffisantes et que le premier alinéa de l'article 122-1 est applicable, alors elle rend un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental par lequel elle : déclare qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits reprochés ; déclare la personne irresponsable pénalement en raison d'un trouble mental ayant aboli son discernement ; renvoie l'affaire devant le tribunal correctionnel pour qu'il se prononce sur la responsabilité civile si la partie civile le demande ; prononce s'il y a lieu une ou plusieurs mesures de sûreté - sur lesquels nous reviendrons ci-après - ; enfin, elle peut prononcer à titre de mesure de sûreté, par décision motivée, une hospitalisation d'office s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure 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.

« Le besoin de procès n'est pas là » : Le simple rappel chronologique des réformes successives démontre qu'avant 2008, des modifications législatives profondes orientées vers la satisfaction des besoins de justice et de reconnaissance des souffrances des victimes avaient déjà été entreprises, au point de considérer qu'un effort suffisant d'explication des faits était déjà institutionnalisé. Il est par conséquent légitime de se demander s'il était vraiment nécessaire pour répondre davantage aux intérêts légitimes des victimes de créer un nouveau dispositif spécifique s'inscrivant dans la continuité de celui prévu à l'ancien article 199-1 du code de procédure pénale, et de s'interroger sur la plus-value réelle de la nouvelle procédure de 2008, sauf à judiciariser le prononcé des mesures pouvant être infligées au délinquant souffrant de troubles psychiques ou neuropsychiques.

Quelle est la pertinence d'un procès de l'aliéné ? Quel est le sens d'une audience pensée pour un délinquant rationnel lorsqu'un fou est jugé ? La création de cette audience devant la chambre de l'instruction, qui s'apparente à un procès authentique, est symptomatique de la mise en œuvre d'une politique pénale compassionnelle à l'égard des victimes. Leurs intérêts - légitimes - centrés sur la culpabilité et non sur l'état psychologique de l'auteur au moment des faits ont totalement influencé le législateur qui, via ce dispositif procédural, a consacré la primauté du débat sur la culpabilité, où la matérialité des faits s'apparente à une responsabilité sans imputabilité. Or, le législateur n'a pas à pallier l'absence de compréhension par l'opinion qu'en droit, irresponsabilité ne rime pas avec impunité, ce qui est pourtant outrageusement asséné dans l'exposé des motifs des deux propositions de loi déposées à la suite de « l'affaire Sarah Halimi ».

Par ailleurs, la fonction cathartique du procès ou de l'audience pénale au bénéfice des victimes, ou sa fonction thérapeutique à destination du mis en cause ne sont pas pleinement démontrées, tout particulièrement dans l'hypothèse d'une personne atteinte d'un trouble mental. Déclarer responsable pénalement un individu n'est pas forcément faire œuvre de pédagogie et peut au contraire nourrir l'aspect moralisateur de l'instant pénal. Or, la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale s'inspire de ce courant valorisant la fonction pédagogique de la

culpabilité et la vertu du « procès-responsabilisation/restauration »⁵¹. D'ailleurs, il est intéressant de constater, d'après l'étude précitée de la Mission Droit et Justice, que la valorisation de l'aspect thérapeutique de la sanction constitue aujourd'hui un argument en voix de régression parmi les experts psychiatres, même si en contrepartie cette tendance s'accompagne d'une mise en exergue accrue de la dangerosité.

Puis surtout, quel sens donner à un débat judiciaire - aux enjeux cruciaux vu les peines encourues - sans le principal intéressé ? Quand bien même le malade est représenté ou assisté d'un conseil, quelle contradiction peut-on espérer en présence de cette personne à la capacité moindre ? La capacité pénale c'est « *le degré liminaire au-dessous duquel le comportement ne saurait relever du droit pénal* »⁵². Or, ici, elle est comprise comme l'aptitude psychologique à subir la sanction, empruntant ainsi - la boucle est bouclée - à la définition utilitariste de la responsabilité pénale.

Au-delà du quasi-simulacre teinté de consolation judiciaire et de fausse solennité processuelle, cette audience symbolise le rapport disciplinaire entre justice et folie. Plus loin, elle exhibe la souffrance de toutes les parties. Le Syndicat de la magistrature est dès lors opposé à la création de toute autre forme de procès pour les personnes qui relèvent de l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, qui ferait plier l'institution vers une justice outrancière.

Les « peines » ordonnées à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale : La loi du 25 février 2008 a prévu l'application de véritables « peines » aux fous, en permettant à des juridictions pénales qui déclarent des personnes souffrant de troubles mentaux pénalement irresponsables de prononcer à leur encontre des mesures de sûreté qui peuvent consister soit en une hospitalisation d'office (Article 706-135) soit en des interdictions (Article 706-136 et suivants). Si les diverses mesures instituées par le législateur sont expressément qualifiées par lui de « mesures de sûreté », seule la qualification de la mesure d'hospitalisation d'office n'est pas contestable⁵³. Au-delà de la discussion juridique qui fait couler beaucoup d'encre au sein de la doctrine notamment à la suite des errements jurisprudentielles, il n'en demeure pas moins qu'elles présentent un caractère punitif et qu'il apparaît pour le moins hypocrite de les qualifier de « peines » lorsqu'elles sont prononcées à la suite d'une déclaration de culpabilité et de « mesures de sûreté » lorsqu'elles sont ordonnées à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale⁵⁴.

Les mesures de l'article 706-136 du code de procédure pénale visent des interdictions telles que celle d'entrer en relation avec la victime ou d'autres personnes, et notamment avec les mineurs, spécialement désignées, l'interdiction de paraître dans tout lieu spécialement désigné, l'interdiction de détenir ou de porter une arme, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole spécialement désignée. La loi y ajoute la suspension du permis de conduire ou son annulation avec l'interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis. Ainsi, les mesures de l'article 706-136 sont pour la plupart identiques à des mesures prévues à titre de peines alternatives à l'emprisonnement en matière correctionnelle, la comparaison avec

⁵¹Cf. André Giudicelli « Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental », in Michel Massé, Jean-Paul Jean et André Giudicelli (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*. 2009.

⁵²Georges Levasseur, *Étude de l'élément moral de l'infraction*, in Travaux du colloque de science criminelles de Toulouse sur la confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Annales de la faculté de droit de Toulouse, Dalloz, 1969.

⁵³Cass. crim., 14 avr. 2010, n° 09 82.29 ; CEDH 3 sept. 2015, *Berland c. France*, req. N°42875/10.

⁵⁴En ce sens, Haritini Matsopoulou, « L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté" aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences », *Dr. pén.*, 2011, étude 4.

les articles 131-6 (qui ne peuvent d'ailleurs être prononcées que pour une durée de 5 ans au plus) et 131-36-1 du code pénal étant flagrante.

Le Syndicat de la magistrature est toujours opposé à ces dispositifs de pénalisation de la maladie mentale et persiste à revendiquer la suppression de ces mesures de sûreté, qui ne sont autres que des mesures de sécurité ségrégatives. En 2008, les autorités publiques ont eu l'audace d'insérer dans le même texte la refonte de la procédure de la déclaration d'irresponsabilité pénale et la création de la rétention de sûreté. Or, nous ne pouvons que constater les dégâts en termes de convergence des peines et des mesures de sûreté, que les malades mentaux ne différencient du reste même pas, à supposer qu'ils en comprennent le sens et les enjeux, et qui offrent la possibilité d'un enfermement perpétuel. À l'instar de Christine Lazerges, il est permis de considérer que le droit français ne peut « *s'accommoder de mesures de sûreté privatives de liberté potentiellement perpétuelles* »⁵⁵. La dangerosité s'autonomise totalement au travers du prononcé de ces mesures de soins et de surveillances, de « contrôle social post-sententiel »⁵⁶, ce que beaucoup ont dénoncé comme étant un « droit pénal de la dangerosité », par lequel législateur ne souhaite pas sanctionner seulement la rechute pénale, mais l'incorrigibilité, l'irréductibilité.

Le cas des troubles d'origine exotoxique : Sur ce point, les observations du Syndicat de la magistrature seront limitées compte tenu de nos lacunes importantes en médecine.

Il est vrai que la question du trouble psychique causé par l'absorption volontaire d'alcool et de drogue pose des difficultés en droit. L'absorption de tels produits peut en effet effectivement abolir le discernement et devraient alors conduire à une déclaration d'irresponsabilité pénale. Toutefois, le débat est relancé lorsqu'il est avancé que cette absorption est volontaire et qu'elle se fait en pleine conscience du risque de voir son discernement aboli. De manière générale, il ressort de la jurisprudence⁵⁷ que l'absorption d'alcool n'est pas une cause d'irresponsabilité pénale, les juges considérant que les conséquences d'une telle absorption étaient connues, y compris pour les personnes souffrant d'alcoolisme ou d'un trouble psychique conduisant à consommer de l'alcool de manière excessive. Au contraire, cette consommation est la plupart du temps érigée par la loi en circonstance aggravante de l'infraction. En matière d'intoxication, la jurisprudence, plus éparse, va dans le sens d'une exclusion de l'abolition du discernement lorsque l'intoxication volontaire a déclenché un trouble connu ou qui pouvait être envisagé.

Toute la problématique se niche en réalité dans l'approche du caractère « volontaire » ou pas de l'intoxication. En tant que concept subjectif, l'infraction n'existe que lorsque l'on peut identifier derrière l'infraction, l'acte d'une personne, au sens juridique mais également philosophique, c'est-à-dire une entité « *maîtresse de ses actes internes, notamment de ses actes de connaissance et de volonté* »⁵⁸. Mais de quelle volonté parle-t-on ? « *La volonté peut être tantôt assimilée à la liberté lorsqu'elle est inscrite dans l'étude de l'imputabilité, tantôt à la volonté proprement dite de violer la loi pénale, quand elle sert à définir la culpabilité* »⁵⁹. Plus encore, de quelle volonté parle-t-on lorsqu'elle est abîmée par la pathologie ?

⁵⁵Christine Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel ».

⁵⁶Martine Herzog-Evans, Droit de l'exécution des peines, Dalloz Action, 2007.

⁵⁷Crim. 12 février 2002, n°01-84.046 ; 2 septembre 2014, n°13-84.787.

⁵⁸G. Rager, Données biologiques et réflexions sur la personne, in F.-X. Putallaz et B.N.Schumacher (dir.), L'humain et la personne, Les éditions du cerf, 2009.

⁵⁹Thèse de Valérie Canta-Lampin Saint-Gérard, La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale.

Le Syndicat de la magistrature est défavorable à la pénalisation des addictions et, logiquement, opposée à cette idée qui tendrait en cas d'intoxication à admettre le concept de « folie volontaire ». Le danger d'une telle conception est d'introduire la notion de faute dans l'analyse de la responsabilité pénale pour cause de trouble mental, alors qu'il importe au contraire d'admettre, et même de présumer, qu'il existe un principe de faillibilité. De plus, réprimer de la sorte revient à appliquer une conscience morale, celle qui donne l'approbation aux bonnes choses et le reproche aux mauvaises, à une conscience psychologique, celle qui induit une certaine connaissance de la perception de soi dans le monde. Or, s'il est bien une définition surannée et inadaptée du discernement c'est celle de l'aptitude à distinguer le bien et le mal. De même, le malade mental se verrait par là sommé de ne pas faillir durant son parcours thérapeutique et menacé dans ses moindres moments de lucidité⁶⁰. Il serait enfin pour le moins hasardeux de sanctionner l'imprudence, et donc d'appliquer le régime des infractions non-intentionnelles, pour des infractions considérées comme intentionnelles.

⁶⁰Voir en ce sens ce que nous avons souligné plus haut sur la catégorie des « mauvais malades » mise en évidence par l'étude de la Mission de recherche Droit et Justice 2016 « L'irresponsabilité pénale au prisme des représentations sociales de la folie et de la responsabilité des personnes souffrant de troubles mentaux ».