



HAL
open science

La médicalisation du droit pénal

Marion Majorczyk

► **To cite this version:**

Marion Majorczyk. La médicalisation du droit pénal. Droit. Université de Lille, 2022. Français.
NNT : 2022ULILD010 . tel-03889924

HAL Id: tel-03889924

<https://theses.hal.science/tel-03889924>

Submitted on 8 Dec 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Avertissement

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Mes plus sincères remerciements vont à Madame la Professeure Audrey DARSONVILLE pour ses conseils, sa rigueur et sa disponibilité.

Je remercie également les membres du jury de me faire l'honneur de participer à la soutenance.

Merci à l'Université de Lille et au CRDP de permettre aux doctorants de travailler dans des conditions optimales. Mes remerciements plus particuliers vont aux membres de l'école doctorale pour leur aide.

A mes parents, mes frères et sœur et leurs valeurs ajoutées pour leur présence.

A mes amis, libres et confinés, de longue ou de plus courte date pour leur soutien indéfectible.

A mes relecteurs, ma traductrice pour leur patience et leur sollicitude.

Aux membres du Tribunal Judiciaire d'Arras pour leur bienveillance.

A Alban, avec tout mon amour.

A Anatole, à l'infini et au-delà.

Liste des principales abréviations

AJ fam. : Actualité juridique Famille
AJ pén. : Actualité juridique Pénal
AJDA : Actualité juridique de Droit Administratif
Bull. civ. : Bulletin des arrêts de Chambre civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. : Bulletin des arrêts des chambres criminelles de la Cour de cassation
CA : arrêt de cour d'appel
Cf : conférer
Cass. ass. plén. : arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte : arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ. : arrêt d'une Chambre civile de la Cour de cassation
CCNE : Comité consultatif national d'éthique
CEDH : arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
Chron. : chronique
CNCDDH : Commission Nationale consultative des Droits de l'homme
Code de proc. pén. : Code de procédure pénale
Coll. Collection
Comm : commentaire
Conseil Constit. : Décision du Conseil constitutionnel
Crim. : arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP : Code de la santé publique
D. : Recueil Dalloz
DC : Décision
dir. : sous la direction de
Ed. : édition
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
HAS : Haute Autorité de Santé
Infra : plus bas
Ibid. : même auteur, même ouvrage, même endroit
In : dans
JCP : Semaine juridique
JO : Journal officiel
obs. : observations
op. cit. : dans l'ouvrage précité

p. : page

pp. : pages

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

Rép. pén. Dalloz : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale

RIDP : Revue internationale de droit pénal

Revue pén. dr. pén. : Revue pénitentiaire de droit pénal

RSC : Revue de sciences criminelles et de droit comparé

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

Supra : plus haut

t. : tome

vol. : volume

Sommaire

Partie 1

POURSUIVRE A L'AUNE DE LA MEDICALISATION DU DROIT PENAL

Titre 1 : L'influence de la médicalisation sur l'administration de la preuve

Chapitre 1 : Les atteintes au corps lors de l'administration de la preuve

Chapitre 2 : Les atteintes au consentement lors de l'administration de la preuve

Titre 2 : L'influence de la médicalisation sur l'engagement de la responsabilité pénale

Chapitre 1 : L'émergence d'un droit pénal médical autonome

Chapitre 2 : L'émergence d'une appréhension médicale de la responsabilité pénale

Partie 2

CONDAMNER A L'AUNE DE LA MEDICALISATION DU DROIT PENAL

Titre 1 : L'influence de la médicalisation sur la peine

Chapitre 1 : Le développement du soin comme peine

Chapitre 2 : Le développement du soin contraint comme peine

Titre 2 : L'influence de la médicalisation sur la dangerosité

Chapitre 1 : Les sciences médicales soutien des mesures de sûreté

Chapitre 2 : Les sciences médicales sollicitées dans la prise en charge de la radicalisation

INTRODUCTION

« A quoi donc allez-vous assister ? A la transformation de la pénalité [...] On regardera le crime comme une maladie, et cette maladie aura ses médecins qui remplaceront vos juges, ses hôpitaux qui remplaceront vos bagnes »¹.

1. L'incompréhension du phénomène criminel. Le phénomène criminel est vieux comme le monde. Plus encore, il est « inhérent au groupe social et à la nature humaine. Dans le temps, il remonte aux origines de l'humanité ; dans l'espace, aucun pays n'y échappe »². Pour Durkheim, « le crime est normal, parce qu'une société qui en serait exempte est tout à fait impossible ; telle est la première évidence paradoxale que fait surgir la réflexion sociologique »³. Le phénomène criminel étant commun à toute société, la preuve de son existence se retrouve dans des écrits anciens. En effet, « dès les premiers versets de la Bible, il est question de meurtre et du signe mystérieux que Jahvé inscrivit sur le front du premier criminel pour le réserver à sa justice et le soustraire à la vindicte. Depuis les premiers temps de l'Histoire, la criminalité n'a jamais cessé de se manifester dans toutes les civilisations et dans tous les lieux de la Terre »⁴. Les raisons qui poussent un individu à commettre l'irréparable, la compréhension du fonctionnement de son psychisme sont sources d'interrogations. Le criminel peut susciter l'effroi et aujourd'hui les médias le déshumanisent aisément. C'est le cas notamment lorsqu'ils utilisent le qualificatif de prédateur sexuel à propos d'un violeur, faisant référence à l'état primitif du criminel. Le prédateur est alors l'homme dont les performances intellectuelles ne différeraient pas de celles des primates, celui qui ne serait pas capable de conceptualiser des choses complexes, qui ne saurait évoluer. La déshumanisation du criminel

¹ V. HUGO, *Le dernier jour d'un condamné*, Paris, Flammarion, 1832, préface V. HUGO.

² P. SALVAGE, *Droit pénal général*, 8^{ème} éd., PU Grenoble, 2016, p. 5.

³ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 14^{ème} éd. 1960 (1894), p. 65.

⁴ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^{ème} éd., 1999, p. 19.

rassurerait car « le criminel c'est l'autre »⁵. C'est celui qu'on ne comprend pas, celui capable de comportements effrayants, celui qu'il est aisé de qualifier de déviant. « C'est la folie criminelle qui retient l'attention et suscite l'effroi, bénéficiant de la sorte d'une large publicité »⁶.

Cette folie criminelle a pu inspirer la littérature contemporaine et notamment Thomas Harris en 1988 avec *Le Silence des agneaux*. Ce célèbre roman policier met en relation directe le crime, la justice, la folie et son évaluation. Dans cette œuvre, le Docteur Lecter lui-même psychiatre de profession, doté d'un immense savoir scientifique est touché par la folie criminelle. Lecter est analysé, diagnostiqué par des psychiatres qui travaillent au service de la justice. Son absence de remord et sa froideur face aux atrocités qu'il commet conduisent au diagnostic qu'il est atteint de psychopathie. Sa maladie mentale se conjugue avec un autre trouble de la personnalité, le cannibalisme. La complexité de ce personnage, les difficultés que rencontre la jeune enquêtrice Clarice Starling, lors de leurs échanges afin de retrouver le tueur en série « Buffalo Bill », témoignent de l'étude approfondie d'un tueur, certes malade au sens psychiatrique, mais qui est doté d'une intelligence glaçante. Face à un individu présentant une telle pathologie, le traitement qui lui est infligé est particulier car la justice préfère le garder dans un asile. Cette idée fait écho à l'affirmation de Victor Hugo craignant que les bagnes soient remplacés par des hôpitaux. C'est dire que la personnalité du Docteur Lecter rend nécessaire un traitement médicalisé, adapté à sa particularité psychopathologique.

Le criminel inspire mais interroge sur la potentielle folie dont il est atteint, sur les raisons qui le poussent à agir et sur les moyens de le traiter de façon efficace. Dès lors, de la criminologie aux médecins légistes, en passant par les professionnels de la santé mentale, le phénomène criminel mobilise la communauté scientifique. Afin de traiter « cette sorte de maladie permanente du corps social »⁷, d'en trouver les causes et les symptômes, les sciences médicales apportent depuis longtemps leur concours à la justice, déterminant ainsi l'objet de l'étude (I). Par ailleurs, il semble que le lien entre médecine et droit est constant et indéfectible, il survit à l'épreuve du temps et surtout il s'intensifie, ce qui justifie l'intérêt de l'étude (II).

⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, Paris, PUF, 1980, p. 48.

⁶ S. ABDELLAOUI, *L'expertise psycholégale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 25.

⁷ R. VOUIN, J. LEAUTE, *Droit pénal et criminologie*, Paris, PUF, 1960, p. 43.

I. L'objet de l'étude

2. Le rapprochement de deux disciplines a priori antinomiques. Etablir un rapprochement entre médecine et droit pénal peut à première vue sembler surprenant dans la mesure où ces deux disciplines semblent opposées. D'une part, le droit pénal, entendu comme la « branche du droit ayant pour objet l'étude de l'incrimination et de la répression par l'Etat des agissements de nature à créer un trouble dans la société »⁸, est de nature répressive. Il est centré sur la protection de l'ordre public. Le droit pénal regroupe l'ensemble des textes qui définissent l'infraction et sa nature. Il se caractérise aussi par la possibilité d'infliger des privations de liberté, des sanctions à titre répressif, en précisant leurs modalités d'exécution, leur durée et leur nature, en fonction de la gravité de l'acte infractionnel⁹. Le droit pénal regroupe ainsi : le droit pénal général, le droit pénal spécial, la procédure pénale et la science pénitentiaire.

D'autre part, la médecine est une science qui a pour objet l'étude, le traitement et la prévention des maladies. Elle est donc centrée sur le soin. La confusion entre le droit et la science n'a pas lieu d'être car ils diffèrent quant à leur source, leur autorité et leurs destinataires. Le droit se distingue par le caractère impératif des actes qu'il produit. « Par opposition, selon une conception épistémologique largement reçue, les énoncés scientifiques tiennent leur autorité de leurs qualités propres et du caractère de vérité qui peut leur être prêté. Le droit et la science diffèrent également quant à leurs destinataires. Les énoncés scientifiques s'adressent à tous alors que les énoncés juridiques visent un spectre plus ou moins étendu de destinataires »¹⁰. Le droit et la médecine ne poursuivent pas la même finalité, car le premier réprime, alors que la seconde a pour vocation de soigner. Ces deux disciplines divergent également quant à la nature de la vérité qu'elles apportent. L'homme de science apporte une vérité universelle et objective qui « repose sur des fondements empiriques et [qui] jouit d'une vocation universelle »¹¹. Le juriste quant à lui, amène une solution à un litige et sa vérité n'est pas infaillible. Elle est à l'image de l'homme qui rend la sentence, faillible, et ne correspond qu'à la réalité judiciaire¹². L'homme de droit entend donner une distinction entre le coupable et l'innocent ainsi que sanctionner l'atteinte à l'ordre public.

⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021, p. 4.

⁹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, § 82-83.

¹⁰ O. LECLERC, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005, p. 1.

¹¹ J-R DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012, p. 42.

¹² F. FOURNIE, « Aime la vérité, mais pardonne l'erreur », *AJ pén.*, 2011, p. 326.

Par ailleurs, le droit pénal ne fait pas référence à la guérison du criminel ou du délinquant mais aborde leur traitement en termes de répression et de réinsertion. Appréhender la répression pénale sous le prisme de la guérison a pour conséquence de rechercher des causes médicales au phénomène criminel. Rechercher les causes dudit phénomène, c'est estimer que son étude dépend des connaissances médicales et donc des sciences médicales. Or, Les sciences médicales recouvrent diverses spécialités relevant de la médecine et certaines d'entre elles pourraient intéresser l'analyse du criminel et de son acte. Il s'agirait à titre d'illustration de la neurologie, car l'étude du psychisme des auteurs d'infraction pourrait apporter des explications au passage à l'acte. De plus, la psychiatrie pourrait être utilisée en criminologie, la gynécologie pour la commission d'infraction à caractère sexuel ou encore la génétique médicale, laquelle permettrait d'identifier l'auteur grâce à l'acide désoxyribonucléique (ADN). En ayant recours aux sciences médicales, le phénomène criminel serait susceptible de recevoir des éléments de compréhension médicale, son appréhension pourrait alors être médicalisée.

Le terme « médicalisé » est polymorphe et comprend le développement de la connaissance médicale, des structures médicales et du recours à la médecine. Mais il désigne aussi l'idée de faire dépendre des connaissances médicales certains phénomènes naturels ou sociaux, tel le phénomène criminel. C'est dire que les sciences médicales seraient en mesure d'apporter des réponses à la criminalité et son appréhension pourrait évoluer au gré des progrès de la médecine. Le terme « médicaliser » renvoie à une action, son substantif étant celui de « médicalisation ». La « médicalisation » induit un mouvement, impliquant des changements, produisant des effets sur quelqu'un ou sur quelque chose. C'est l'impact de la médecine sur l'appréhension de certains phénomènes, et plus précisément son influence. Le terme de médicalisation n'est pas nouveau et conserve une forte actualité scientifique « et une part, au moins, de sa charge politique. A des titres et des moments divers, Ivan Illich, Michel Foucault tout autant que la sociologie de la déviance et des « problèmes publics » ont inspiré, directement ou non, une quantité vertigineuse d'études de cas relatant la manière dont un phénomène, un état, ou une situation quelconque ont pu faire l'objet d'un travail de problématisation ou, à tout le moins, leurs savoirs et leurs catégories de pensée ; parallèlement, d'autres travaux analysaient l'accroissement de l'offre de soins et plus généralement de services de santé en un lieu et une époque donnée »¹³.

¹³ L. BERVILET, « Médicalisation », Genèses, 2011, vol. 82, p. 2.

Dans la mesure où les sciences médicales sont susceptibles de s'intéresser au droit pénal, elles produiraient des effets sur ce dernier. Par conséquent, la médecine pourrait influencer le droit pénal. Ainsi, l'idée d'une médicalisation du droit pénal voit le jour et son étude revient à analyser les rapports qu'entretient le droit pénal avec les sciences médicales. Une telle étude s'inscrit donc dans un mouvement qui « consiste à étudier le droit dans ses rapports avec tel phénomène, telle catégorie de biens ou de personnes, etc... »¹⁴. Les rapports du droit et de la médecine sont d'ailleurs anciens car le professionnel de santé est un auxiliaire de longue date du magistrat répressif. En effet, il a rapidement été mis à contribution pour des constatations physiques mais s'est aussi intéressé au psychisme des délinquants.

3. La mise à contribution de la technicité du praticien. S'il est un médecin qui apporte son concours à la justice, c'est le médecin légiste, œuvrant dans une discipline qui n'a pas pour vocation de guérir un patient¹⁵. La particularité de la médecine légale se justifie dans la mesure où le professionnel de santé n'agit pas dans l'intérêt immédiat du patient, il n'intervient pas à sa demande, dans une relation librement choisie par le patient mais à la demande de l'institution judiciaire. Il établit un diagnostic en apportant une réponse à des questions techniques, à la demande de la société représentée par la justice¹⁶. L'évolution de l'administration de la preuve a fait l'objet de différentes critiques et notamment le domaine particulier des expertises. Ces dernières sont l'illustration la plus ancienne d'une collaboration entre le médecin et le juriste. Elles sont « une mise à disposition par un spécialiste de connaissances qui permettront, le cas échéant, à un tiers de prendre ensuite une décision éclairée [...] L'expertise se trouve au cœur de toute décision pour laquelle la maîtrise de connaissances scientifiques s'avère nécessaire »¹⁷. On retrouve déjà en droit canonique la théorie du corps du délit qui imposait au juge de constater les blessures. « En raison des difficultés concrètes suscitées par ces déplacements, un tiers, l'homme de l'art, a progressivement remplacé le juge dans cette mission et a été chargé de rédiger un rapport sur l'état des blessés et des cadavres »¹⁸.

Par ailleurs, au XIII^{ème} siècle, Philippe Le Bel interrogeait ses chirurgiens lorsqu'une « navrure de corps était susceptible d'être imputée à un acte que la loi réprimait »¹⁹. Durant

¹⁴ B. BEIGNER, *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1995, p. 19.

¹⁵ L. BOURSIER, « Des médecins qui ne guérissent pas : enjeux du travail en médecine légale », *Analysis*, 29 juillet 2020, pp. 226-231.

¹⁶ L. BOURSIER, *op.cit.*, p. 227.

¹⁷ O. LECLERC, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸ *Ibid*, p. 35.

¹⁹ R. BOUVET, M. LE GUEUT, « La médecine légale au XXI^{ème} siècle : une nouvelle étape historique », *Droit, Déontologie & Soins*, mars 2013, p. 59.

l'Ancien Régime, la médecine judiciaire faisait partie intégrante du paysage judiciaire pour se transformer en véritable discipline scientifiquement reconnue à partir du XIX^{ème} siècle. L'histoire de la médecine légale se confond « avec celle de la règle de droit au gré de l'évolution de sa nature et de sa portée [...] l'évolution des sciences et des techniques appliquées à la médecine [ont] autorisé le droit à élargir le spectre de ses questions »²⁰. Depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, l'expertise s'est transformée en un élément incontournable du procès pénal. Dans la mesure où l'accès aux professions médicales a rapidement été encadré par l'ordonnance de Blois du 1^{er} mai 1579, le médecin s'est imposé comme l'homme de l'art, expérimenté et légitime à rendre son expertise au service de la justice, laissant ainsi l'espoir d'enfin « vaincre le doute pour arriver à la certitude indispensable à la condamnation »²¹. L'influence de la médecine légale sur le droit pénal est le premier exemple d'une tendance à la médicalisation.

La médecine légale est donc une discipline créée spécialement au soutien de l'institution judiciaire, l'essence même du travail du légiste repose sur des réquisitions judiciaires. La médecine légale est une parfaite illustration d'une liaison indissociable entre le droit pénal et la médecine, entre l'office de la robe noire et celui de la blouse blanche. Le couple justice-médecine n'est pas nouveau, il existe depuis l'Antiquité. Durant l'empire romain, les empereurs n'hésitaient pas à fonder des décisions légales sur les écrits d'Hippocrate. « L'histoire de l'expertise médicolégale ne peut être dissociée de celle de la médecine, ni de celle des lois et pas d'avantage de celle des sociétés »²². Il y a donc une évolution simultanée des lois et de l'expertise médicolégale mais aussi un véritable exercice juridique de la médecine. L'évaluation du dommage corporel a notamment « guidé l'esprit des premiers législateurs pour faire des lois au plus près de la nature humaine, avec ses préoccupations différentes selon la période de l'histoire mais en évolution constante au cours du temps »²³. Selon cette affirmation, la médecine aiderait le législateur à édicter des lois en adéquation avec les évolutions de la société. Par conséquent, la pratique judiciaire serait médicalisée, mais l'intérêt des sciences médicales pour le droit pénal ne s'arrête pas historiquement aux seules constatations physiques apportées par la médecine légale. En effet, d'autres disciplines témoignent de l'influence des sciences

²⁰ R. BOUVET, M. GUEUT, *ibid.*, p. 59.

²¹ H. LECLERC, « Le doute, devoir du juge », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 49.

²² O. TOULOUSE, B. SOUSTRE DE CONDAT, B. MARC, « L'art de l'expertise : le couple justice-médecine dans l'Antiquité », *La Revue de Médecine légale*, mars 2011, p. 12.

²³ O. TOULOUSE, B. SOUSTRE DE CONDAT, B. MARC, *op. cit.*, p. 15.

médicales dans l'appréhension du phénomène criminel et se sont intéressées au psychisme voire à la physiologie du criminel, c'est le cas de la criminologie.

4. L'apport de la criminologie. L'analyse du phénomène criminel a rapidement intéressé les scientifiques. Elle passe tout d'abord par l'étude du crime « considéré comme un épisode qui a un commencement, un développement et une fin »²⁴. Le crime est avant tout une abstraction juridique, il dépend de l'existence d'une disposition légale. « [C]'est un concept juridique [...] Le crime est et demeure une matière juridique »²⁵. Ensuite, l'analyse emprunte les chemins de la criminalité, entendue comme « l'ensemble des infractions qui se produisent dans un temps et un lieu donnés et qui est typiquement comprise dans l'analyse géographique des « points chauds » et l'analyse des tendances »²⁶. Enfin, elle se concentre sur l'auteur et son psychisme, et c'est à ce titre qu'intervient la criminologie. Elle s'intéresse de près à l'étude des comportements criminels et délictuels. « C'est seulement depuis une centaine d'années que la criminologie préoccupe sérieusement les hommes de sciences. Auparavant, les législateurs luttèrent avec des moyens empiriques contre un fléau dont ils connaissaient mal la nature, un peu comme les médecins de Molière soignaient des maladies au sujet desquelles ils ne savaient à peu près rien »²⁷.

La criminologie en tant qu'« étude scientifique du phénomène criminel », « science du phénomène criminel » ou encore « science du crime »²⁸, apporte un éclairage pluridisciplinaire. Ses influences sont sociologiques, juridiques, psychologiques mais aussi psychiatriques. La criminologie regroupe « l'ensemble des disciplines qui étudient ces divers aspects du phénomène criminel »²⁹, et connaît plusieurs mouvements de pensée. Ces mouvements espèrent appréhender le phénomène criminel qui semble inéluctable, comprendre « cette sorte de maladie permanente du corps social »³⁰. Les études criminologiques mettent en lumière un véritable intérêt des sciences médicales pour le phénomène criminel, la plus célèbre d'entre elles étant celle de l'école des positivistes, qui connaît différentes inspirations.

5. Les inspirations des théories positivistes. Le corps humain dans sa constitution physique et biologique a été considéré comme un facteur de délinquance avec l'école de pensée

²⁴ J. PINATEL, *Le phénomène criminel*, Paris, MA, 1987, p. 103.

²⁵ P. BOUZAT, J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^{ème} éd., t. III, Paris, Dalloz, 1970, p. 54.

²⁶ R. BOIVIN, « Cinquante années d'étude du crime dans la revue *Criminologie* », *Revue Criminologie* (Montréal), 2018, vol. 51, p. 232.

²⁷ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, p. 19.

²⁸ R. GASSIN, *Criminologie*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1994, p. 3.

²⁹ *Ibid.*, p. 4.

³⁰ R. VOUIN, J. LEAUTE, *Droit pénal et criminologie*, Paris, PUF, 1960, p. 43.

positiviste³¹. Cette idée est attachée à l'école de Cesare Lombroso, médecin du XIX^{ème} siècle. D'abord enseignant de médecine légale et d'hygiène publique, puis Professeur de psychiatrie, Lombroso doit sa notoriété à sa qualité de Professeur d'anthropologie criminelle, dont il est d'ailleurs considéré comme le créateur. Il s'est inspiré de plusieurs auteurs et affirmait « [m]oi je n'ai fait que donner un corps un peu plus organique à ces conclusions qui, pour ainsi dire, flottaient dans l'air, encore indistinctes »³². Parmi ses sources d'inspiration, on retrouve notamment Lavater qui, en 1776, démontrait l'existence de ressemblances entre des individus et des têtes d'animaux, ainsi que Félix Voisin qui soutenait que les délinquants présentaient une organisation centrale défectueuse, mais aussi Lauvergne publiant en 1841 *Les forçats considérés sous le rapport physiologique, moral et intellectuel, observés au bagne de Toulon*³³. Cette contribution du savoir médical à la compréhension du phénomène criminel démontre qu'un processus de médicalisation a été amorcé depuis longtemps. Dans la mesure où l'étude approfondie du corps humain dépend de la médecine, c'est bien le professionnel de santé qui apporte son éclairage dans l'analyse physiologique et biologique du criminel., médicalisant ainsi son appréhension. Au-delà d'une étude physiologique, c'est l'essor d'une approche psychique et psychanalytique qui intensifie le processus de médicalisation³⁴.

Par ailleurs, le développement de la psychiatrie a nourri la pensée positiviste et l'apport de cette discipline révèle un nouvel intérêt de la médecine pour la criminalité. Dès 1838 avec la loi du 30 juin sur les aliénés, la psychiatrie a intégré l'ordre juridique français. Pour Pinel et Esquirol, médecins qualifiés d'aliénistes, la folie doit être considérée comme une maladie aliénante de l'esprit, exclusive du libre arbitre et de la liberté de décision³⁵. Ils défendent alors une prise en charge des aliénés estimant qu'ils ne sont pas capables de maîtriser leurs actes puissent ils être répréhensibles³⁶. La théorie de la monomanie instinctive voit alors le jour, expliquant « la conduite de certains criminels, chez qui l'intelligence n'est pas affaiblie mais dont la volonté est touchée »³⁷, la folie est devenue la « Maladie du siècle »³⁸. Franz Joseph Gall, médecin allemand, considéré comme le fondateur de la phrénologie, estime d'ailleurs que

³¹ R. VOUIN, J. LEAUTE, *Droit pénal et criminologie*, Paris, PUF, 1956, p. 64.

³² C. LOMBROSO, *Discours d'ouverture au VI^{ème} Congrès d'anthropologie criminelle*, Archives d'anthropologie criminelle, 1906, p. 665.

³³ P. BOUZAT, J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. III, 2^{ème} éd., 1970, p. 222.

³⁴ Cf *infra* p. 193, II.

³⁵ C. MANZANERA, J-L SENON, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ pén.* 2008, p. 176.

³⁶ O. WALUSINSKI, « Jean Colombier (1736-1789), l'inspirateur de Philippe Pinel », *Annales médico-psychologiques*, revue psychiatrique, 29 décembre 2020, p. 192.

³⁷ P. BOUZAT, J. PINATEL, *op. cit.*, p. 222.

³⁸ A. FAUVEL, « Avant-propos », *Romantisme*, 2008, p. 3.

la criminalité est du ressort de la médecine et qu'elle ne peut être appréhendée sans s'intéresser à la personne du criminel³⁹. Si la criminalité dépend du savoir médical c'est que son appréhension est médicalisée. L'idée selon laquelle le criminel peut dans certains cas présenter une anomalie psychique prend naissance, donnant une assise à l'approche biologique du crime, ouvrant ainsi la voie à l'anthropologie criminelle de Lombroso.

6. L'appréhension médicale du phénomène criminel sous le prisme de l'anthropologie.

En plaçant le corps humain au centre de ses investigations et plus précisément le corps du criminel, l'anthropologie fait directement intervenir le médecin, professionnel en la matière, afin qu'il apporte un éclairage sur les causes du phénomène criminel, utile au droit pénal. L'anthropologie est la science qui étudie les caractères anatomiques et biologiques de l'être humain. L'anthropologie criminelle vise donc l'étude de la criminalité sous l'angle des caractères anatomiques et biologique du criminel. Lombroso s'est ancré dans cette lignée en 1887 avec son ouvrage *L'Homme criminel*, défendant la théorie du criminel né. Cette dernière n'était pas nouvelle, elle était déjà un vieux thème littéraire ; « Arès, dieu de la guerre, qu'Athéna qualifiait de « buveur de sang et incarnation du mal » en était un »⁴⁰. Pour Lombroso, « la conduite humaine est déterminée »⁴¹. Il est habité par une conviction et considère que le délinquant est un homme déviant, que la délinquance est un « déterminisme pathologique de la condition humaine »⁴², en appelant « à Darwin pour fonder, sur la continuité entre l'animal et l'homme, l'atavisme de certaines formes de criminalité qui l'amène à penser que les criminels, restés en arrière dans l'évolution qui mène à l'homme, constituent une véritable race à part avec des stigmates précis, biologiques ou psychologiques, qui en constitueraient la marque indélébile »⁴³. Il analyse le phénomène criminel sous le prisme d'un phénomène naturel, devant être étudié à partir d'une méthode expérimentale, il mène alors son étude comme le médecin qui traque les maladies⁴⁴. Lombroso défend l'existence de facteurs endogènes de la criminalité. Il mène une « étude sérielle de crânes de criminels et d'examen anthropométriques, médicaux

³⁹ G. HEUYER, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, Le point de vue de la médecine psychiatrique », RSC 1964, p. 738.

⁴⁰ R. MERLE, « De Zola à Lombroso », RSC 1964, p. 114.

⁴¹ M. ADDAD, M. BENEZECH, *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, Paris, 1978, p. 16.

⁴² S. TZITZIS, « Fascination du crime, aliénation de l'homme délinquant », in *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales et pénales*, P. CONTE, S. TZITZIS (dir.), Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 168.

⁴³ M. DELMAS-MARTY, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^{ème} au XXI^{ème} siècle », RSC 2010, p. 5.

⁴⁴ J-C COFFIN, « Lombroso et les paradoxes de sa science criminelle », in *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales et pénales*, P. CONTE, S. TZITZIS (dir.), Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009 p. 114.

et psychologiques de délinquants vivants, qui lui permet de mettre en évidence les signes anatomiques et physiologiques propres à chaque type de criminel »⁴⁵. A titre d'exemple, il ressortait de ses expériences que les caractéristiques anatomiques du meurtrier étaient des pommettes saillantes, un crâne étroit et de longs maxillaires. Le criminel est selon lui porteur de caractéristiques physiques spécifiques. C'est dire qu'il y a avec les théories positivistes, une médicalisation du phénomène criminel qui s'intensifie avec les théories de ses disciples.

Raffaele Garofalo, justifie « l'extermination des délinquants en tant qu'ils constituent une race dangereuse pour la société qui a le devoir de s'en défendre »⁴⁶. Le criminel doit selon lui être traité médicalement en raison de la dégénérescence et de l'atavisme dont il souffre⁴⁷. Enrico Ferri, criminologue positiviste considère que le libre arbitre n'est qu'une illusion collective et que « l'homme criminel, par ses anomalies organiques et psychiques, héréditaires et acquises est une variété spéciale du genre humain »⁴⁸. Les positivistes œuvrent pour une introduction des connaissances psychologiques et anthropologiques au sein du droit, considérant que la médecine et le droit sont deux disciplines indissociables⁴⁹.

La résonance des théories positivistes est d'autant plus frappante qu'elles se retrouvent dans différents domaines et notamment dans la littérature contemporaine. En effet, Zola se saisit du déterminisme de Lombroso dans son œuvre *Thérèse Raquin*. La simple lecture de la préface est parlante quant à l'importance que tiennent les théories positivistes dans ce roman. Zola qualifie ses personnages de « loups qui acceptent l'assassinat des moutons » et poursuit que « leur remords consiste en un simple désordre organique, en une rébellion du système nerveux tendu à se rompre ». L'étude biologique du criminel révèle une intégration du savoir médical au service de la justice pénale et ainsi une médicalisation du phénomène criminel. Cette intégration s'étend à d'autres disciplines médicales et notamment à la psychanalyse. C'est dire que différentes spécialités médicales tentent d'apporter des réponses à la criminalité en l'étudiant scientifiquement.

7. L'appréhension psychanalytique du phénomène criminel. Aborder l'appréhension psychanalytique du phénomène criminel amène à s'intéresser aux théories freudiennes. Freud

⁴⁵ E. TILLET, *op.cit.*, n°80.

⁴⁶ J-Y FRETIGNE, « Une critique oubliée de Lombroso », in *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales et pénales*, P. CONTE, S. TZITZIS (dir.), Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 135.

⁴⁷ S. TZITZIS, « Fascination du crime, aliénation de l'homme délinquant », in *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales et pénales*, P. CONTE, S. TZITZIS (dir.), Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 168.

⁴⁸ E. FERRI, Introduction, in *Sociologie criminelle*, éd. 1923 (1893), p. 22 (traduction de l'italien).

⁴⁹ Cf *infra* n° 230.

a tenté d'apporter une explication au phénomène criminel en partant de l'enfance. Selon lui, l'enfant, dominé par le principe de plaisir en vient à s'adapter au principe de réalité caractérisant l'adaptation sociale. Le processus d'adaptation sociale se déroule en trois phases. La première phase relate les premières relations que l'enfant entretient avec ses parents. La deuxième est la formation du Sur-Moi et la troisième la formation de groupe au sein de la famille⁵⁰. Vers l'âge de quatre ans, l'enfant entre dans la phase œdipienne qui le place en situation de conflit ; sans le dépassement de ce premier conflit, l'adaptation sociale ne peut être possible. C'est durant la formation du Sur-Moi que l'enfant imite, reproduit les comportements de ses parents. Freud estime que si les parents ont des comportements antisociaux voire criminels, « l'enfant fait sien le code criminel de ses parents »⁵¹. Pendant la troisième phase, les comportements des parents semblent être extrêmement importants pour l'enfant qui développe son adaptation sociale au sein du groupe familial.

Freud ne défend donc pas tant une hérédité du fait criminel mais l'existence d'un mécanisme de reproduction et surtout fait peser la responsabilité de la commission d'actes antisociaux sur la famille et plus particulièrement les parents. Son analyse du phénomène criminel diverge alors des théories positivistes. Que ce soit une approche criminologique, psychiatrique ou psychanalytique, les savants tentent depuis longtemps de trouver des réponses au phénomène criminel. Ils l'étudient sous le prisme des sciences médicales, ce qui démontre qu'il existe bien une médicalisation. L'appréhension médicale du phénomène criminel est abandonnée au début du XXème siècle, durant lequel un courant plus humaniste retient une approche sociologique du phénomène criminel. Il s'agit du mouvement de la Défense sociale nouvelle. Toutefois ce courant de pensée ne rompt pas totalement les liens entre la médecine et le droit pénal.

8. L'abandon des théories positivistes. Le mouvement de la Défense sociale nouvelle voit le jour au cours de l'après-guerre et s'intensifie avec la parution de *La Défense sociale nouvelle*, de Marc Ancel en 1954⁵². Cet ouvrage de référence fixe les contours des idées de cette école et marque ses différences avec la Défense sociale et la prophylaxie criminelle. La société de prophylaxie criminelle avait été créée en 1932 par le psychiatre Edouard Toulouse⁵³. Un décret du 22 mai 1936 créait, au sein du Ministère de la Justice, un conseil supérieur de la prophylaxie criminelle. C'est un mouvement de criminologie qui prend en considération l'effet préventif

⁵⁰ P. BOUZAT, J. PINATEL, *op. cit.*, p. 241.

⁵¹ *Ibid.*, p. 242.

⁵² R. GASSIN, « L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II*, Paris, A. Pedone, 1975, p. 7.

⁵³ A. CEILLIER, « La prophylaxie criminelle pénitentiaire », *Annales Médecine légale*, 1937, p. 324.

des mesures de traitement de l'individu, elle s'intéresse à la prévention individuelle. Elle apparaît comme une discipline médico-psychologique, en observant le traitement des délinquants anormaux. Le Conseil supérieur de prophylaxie criminelle était chargé « d'étudier et de proposer les mesures ou les méthodes qui lui paraîtraient susceptibles de développer la prévention contre le crime ». Il fut dissout en 1940. Alors que la prophylaxie criminelle s'intéresse à la prévention individuelle, la Défense sociale nouvelle s'intéresse à la prévention sociale d'ordre général. Par ailleurs, contrairement à la prophylaxie criminelle, la Défense sociale nouvelle ne se contente pas d'apporter quelques modifications au droit pénal existant mais le réorganise en ciblant son action sur la personnalité du délinquant et son traitement⁵⁴.

Ancel réfute l'idée d'un déterminisme chez le criminel, qu'il soit d'ordre biologique ou social. Il appuie son approche du phénomène criminel sur des connaissances scientifiques du fait criminel et de la personnalité de l'auteur⁵⁵. La Défense sociale nouvelle étudie le phénomène social de la délinquance et tente d'en trouver un traitement notamment médical, se rapprochant ainsi de l'idée d'une médicalisation. Il y a donc eu un passage de la protection de l'ordre social à « une démarche tournée vers l'individu délinquant dont l'acte, la personnalité et la responsabilité sont examinés en vue de déterminer une pédagogie de resocialisation propre à prévenir la récidive »⁵⁶. Comme le Comte Gramatica, Ancel défendait une approche pluridisciplinaire du phénomène criminel⁵⁷. La collaboration entre la médecine et le droit n'est pas totalement abandonnée par Ancel. En effet, prônant l'idée que « l'acte criminel est avant tout l'expression d'une personnalité individuelle »⁵⁸, il entend combattre directement le danger que représente l'auteur de l'infraction. Contrairement aux idées positivistes, la Défense sociale nouvelle n'appréhende pas le phénomène criminel sous le prisme de la médecine mais a pour finalité de traiter l'auteur de l'infraction en s'appuyant sur les sciences médicales. Par conséquent, l'étude d'Ancel amorce une médicalisation dans le traitement de l'auteur de l'infraction.

A cette époque se sont développées des mesures curatives et éducatives recherchant le traitement individualisé du délinquant⁵⁹. « Le courant de la défense sociale nouvelle ne se

⁵⁴ J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », RSC 2010, p. 49.

⁵⁵ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954, pp. 35-36.

⁵⁶ G. CANIVET, « De la délicatesse du juriste éloge d'une pratique désirable », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 14.

⁵⁷ G. LEVASSEUR, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », RSC 1991, p. 9.

⁵⁸ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁹ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 108.

comprend qu'au travers de l'alliance entre juristes et psychiatres [...] la défense sociale nouvelle va mener sa réflexion, construire ses propositions à partir d'échanges menés entre juristes et psychiatres »⁶⁰. Marc Ancel prône alors une collaboration entre le droit et la médecine et plus précisément la psychiatrie. Plus qu'une approche pluridisciplinaire, il semble que la collaboration entre les deux disciplines soit interdisciplinaire. On attribuerait alors à la peine une nouvelle fonction et selon Michel Foucault, « la souffrance physique, la douleur du corps lui-même ne sont plus les éléments constitutifs de la peine. Le châtimement est passé d'un art des sensations insupportables à une économie des droits suspendus »⁶¹. En effet, avec la Défense sociale nouvelle le droit pénal entremêle une fonction utilitariste avec une fonction humaniste et « le sens de la peine connaît une transformation »⁶², éloignée du Code pénal de 1791, prévoyant que « tout condamné à mort aura la tête tranchée ». Le mouvement de médicalisation du phénomène criminel et plus largement de son traitement ne sont donc pas complètement mis de côté dans la mesure où la Défense sociale nouvelle fait intervenir le savoir médical au stade de la peine.

Par conséquent, même si « le droit pénal et la médecine souffrent d'une « incompatibilité ontologique [...] L'art de la médecine est l'art de la guérison et du prendre soin, l'art du rétablissement de la santé des personnes. Le droit pénal, dans son fonction initiale, est le droit qui souligne et véhicule cette même protection, prenant soin de réprimer les atteintes de toute nature faites à la personne »⁶³, les deux disciplines assureraient une même finalité, celle de travailler au service de la société. La médecine et le droit connaissent donc des points de convergences qui survivent aux époques.

II. L'intérêt de l'étude

9. La liaison indéfectible entre médecine et droit. La médecine et le droit sont en relation constante et directe et cette liaison traverse les époques et les lieux. Le droit pénal dans son ensemble semble médicalisé et l'opportunité d'une étude globale prend alors racine. Cette dernière s'inscrit dans la continuité des travaux réalisés sur la preuve, la responsabilité, la peine,

⁶⁰ J. DANET, *op. cit.*, p. 49.

⁶¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 16.

⁶² C. LIEVAUX, *La pénalisation de l'activité médicale*, Thèse, Lyon III, 2018, p. 13.

⁶³ *Ibid.*, p. 1.

mais encore sur les mesures de sûreté. Traiter de la médicalisation du droit pénal est une vaste entreprise qui demande de s'attarder aux spécificités du droit interne. L'appréhension des évolutions médicales et de leur impact sur le droit diffère d'une législation à une autre. Des comparaisons ponctuelles avec les droits étrangers pourront être effectuées lorsqu'elles permettront d'éclairer certains points précis de l'étude. Cependant, la vocation du présent travail n'a pas la prétention d'être une analyse approfondie de droit comparé. Traiter le sujet de façon globale peut permettre de rendre compte du recours exponentiel au savoir médical en droit pénal et de l'impact que ce dernier a sur les droits et libertés de la personne mise en cause mais aussi sur les principes qui gouvernent la matière. Prendre en considération l'ensemble de la matière permet d'en dresser un état des lieux afin d'en tirer les conséquences tant positives que négatives. En effet, à tous les stades de la procédure pénale, les problématiques sont susceptibles de s'entrecroiser comme par exemple celle relative au consentement, qui est un enjeu majeur du soin, mais qui n'est pas associé traditionnellement à la répression. Il semble alors opportun de faire la lumière sur les rapports qu'entretiennent les juristes et les professionnels de santé pour déterminer s'il s'agit d'une collaboration équilibrée ou non.

10. Les différentes hypothèses de recherche. Dans un premier temps, est-on en présence d'une nouvelle « Justice en blouses blanches », c'est-à-dire d'un impérialisme scientifique remplissant les juristes de craintes ?⁶⁴ Cette interrogation sous-entend que le droit pénal subirait l'influence grandissante des sciences médicales. Considérant que le magistrat répressif se retrouve confronté malgré lui à un droit pénal qui sollicite de façon redondante le savoir médical et que le recours à ce dernier pourrait être nocif pour la matière. La problématique du poids accordé par les magistrats aux expertises en est une preuve, car il existe une crainte que le juge n'examine pas « suffisamment d'un œil critique les conclusions des experts au même titre que les témoignages et aveux, [ce qui] menace donc de déboucher sur la consécration d'ordalies scientifiques »⁶⁵. La médicalisation impliquerait alors une transformation de la pénalité et remettrait en cause les principes directeurs et les garanties fondamentales du droit pénal. Le point de vue serait plutôt négatif à l'égard de la médicalisation. La matière dans son ensemble souffrirait de sa médicalisation, l'office du juge répressif lui échappant toujours un peu plus, le laissant aux mains des professionnels de santé. Néanmoins, « ces attitudes extrémistes ne sont ni raisonnables ni susceptibles de résister aux poussées des nécessités sociales : nécessité

⁶⁴ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, pp. 213-214.

⁶⁵ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), Paris, Société de législation comparée, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, 2006, p. 74.

absolue de la science qui éclaire les ressorts secrets de la criminalité ; nécessité non moins impérieuse du Droit pour maintenir une définition précise du crime et du délinquant responsable, et pour assigner certaines limites aux techniques resocialisantes »⁶⁶.

Il s'agit donc dans un second temps de nuancer cette première vision quelque peu radicale et pessimiste de la médicalisation du droit pénal. Certes, le droit pénal a besoin, dans certaines circonstances, du savoir médical pour se perfectionner et surtout pour assurer une protection efficace de l'ordre public. Le crime est anxiogène, la société est en demande de son traitement le plus efficace et le magistrat entend se préserver de toute erreur judiciaire. Le législateur irait donc chercher le savoir médical pour pallier les limites du droit pénal. Les données scientifiques sont rassurantes : elles sont en théorie gages de fiabilité. Dans la poursuite et la condamnation des infractions, elles apporteraient une certaine sécurité. Les sciences médicales apparaissent dans cette hypothèse comme un soutien apporté au droit pénal.

S'il est un acteur qui recherche le savoir médical pour le mettre au service du droit pénal, c'est le législateur. En effet, ce ne sont pas les sciences médicales qui interviennent spontanément dans la matière, mais c'est bien le législateur qui introduit la compétence des professionnels de santé en son sein. Il est alors envisageable à ce stade d'imaginer que la médecine puisse subir la sollicitation massive du législateur.

11. La problématique de l'étude. « S'il est une réalité qui semble désormais inexorable en droit pénal, c'est bien la percée de la science médicale au sein du procès pénal. De simple auxiliaire du droit pénal, le médecin est devenu aujourd'hui un acteur d'un droit qui a perdu de sa légitimité, sa crédibilité et qui cherche une nouvelle identité en se réfugiant dorénavant dans les supposées vérités scientifiques. Si le constat est indéniable, la situation n'est pas pour autant irrémédiable. Une autre manière de raisonner est possible, qui vise à ne plus sacraliser le pouvoir médical pour cesser d'oppresser le droit pénal, et à permettre au juge pénal de réinvestir son office afin de promouvoir un droit pénal davantage souverain et décomplexé »⁶⁷. L'objet de la réflexion oscille entre une influence trop pesante des sciences médicales sur le droit pénal dans son ensemble et une influence nécessaire de la médecine sur le droit pénal. Il s'agit de déterminer si le droit pénal a besoin des sciences médicales pour assurer la protection de l'ordre public. La question se pose de savoir si les sciences médicales sont utiles au droit pénal dans la poursuite et la condamnation des auteurs d'infractions. En d'autres termes, la médecine apporte-

⁶⁶ *Ibid.*, p. 214.

⁶⁷ P. MISTRETTA, T.W LEVI-FAICT, « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », *Gaz. Pal.* 5 février 2019, n° 05, p. 84.

t-elle une plus-value à la protection de l'ordre public ? Par ailleurs, existe-t-il un équilibre dans les rapports qu'entretiennent le droit et la médecine ? Il faut identifier si l'un ou l'autre souffre de cette relation qui perdure au fil des époques et surtout qui s'intensifie en raison des progrès de la science, mais aussi de l'évolution de la criminalité. Enfin, cette influence de la médecine modifie-t-elle la nature du droit pénal ? Le recours prétendument nécessaire aux sciences médicales en droit pénal entraîne-t-il une mutation de la matière ?

12. L'annonce de plan. La médicalisation du droit pénal est une réalité incontestable qu'il convient de détailler afin d'en déterminer les apports et les limites. Cette transformation du droit pénal pourrait avoir des conséquences sur ses différents acteurs et l'appréhension de ces dernières peut être opérée par une approche fondée sur les différents temps de la procédure pénale. Retenir la procédure pénale comme fil rouge en l'envisageant de façon chronologique permet d'entremêler à des temps précis procéduraux les points qui concernent aussi bien la personne assujettie au droit pénal, que la victime, le magistrat répressif et le législateur. Cette démarche présente l'avantage de ne pas revenir sans cesse sur des mécanismes et s'articule autour des deux temps forts de la procédure pénale, à savoir la poursuite et la condamnation.

Par conséquent, il convient d'aborder les enjeux de la médicalisation sous l'angle des poursuites à l'aune de la médicalisation du droit pénal (**Partie 1**) – puis de celui de la condamnation à l'aune de la médicalisation du droit pénal (**Partie 2**).

PARTIE 1 : POURSUIVRE A L'AUNE DE LA MEDICALISATION DU DROIT PENAL

13. La diversité des modes de preuve au soutien de la poursuite. Afin d'assurer une poursuite efficace des auteurs d'infraction, le droit pénal met à disposition des enquêteurs des moyens de preuve et fixe une multitude de règles de procédure afin d'éviter toute impunité mais aussi toute dérive. L'administration de la preuve est une étape fondamentale lors des poursuites pénales. Elle permet de faire la lumière sur la matérialité des faits et l'intention. En la matière, l'influence des sciences médicales est frappante. En effet, l'administration de la preuve est empreinte de technicité et fait appel à différentes spécialités tant la collecte de la preuve peut être difficile.

Les sciences médicales aident à la recherche de la preuve en droit pénal grâce à différentes techniques scientifiques telles que la recherche ADN, la psychiatrie ou encore les neurosciences. Ces modes de preuve d'origine médicale ont pris ces dernières décennies une place de choix dans le système probatoire. Une influence de la médicalisation sur l'administration de la preuve a indubitablement vu le jour (Titre 1). L'auteur de l'infraction est lui au cœur de la poursuite. Après avoir été identifié, il doit avoir la capacité de répondre de ses actes pour être responsable pénalement. La responsabilité pénale peut être engagée lorsque les faits correspondent à des actes ou omissions expressément prévus par la loi et que la personne avait conscience et connaissance de ces derniers. Le mécanisme de responsabilité n'échappe pas non plus aux avancées considérables des sciences médicales car se déploie une influence de la médicalisation sur l'engagement de la responsabilité pénale (Titre 2).

TITRE 1 : L'influence de la médicalisation sur l'administration de la preuve pénale

14. L'administration de la preuve en procédure pénale. Selon Bentham, « l'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves »⁶⁸. En effet, lorsque des faits lui sont soumis, le juge pénal doit en vérifier la réalité grâce à l'administration de la preuve. L'administration de la preuve « consiste à démontrer non seulement l'existence d'un fait, mais encore son imputation à une personne ainsi que, normalement, l'intention que celle-ci avait de commettre un tel fait. Certes, pour l'essentiel, la preuve ne concerne que le fait. Mais certains auteurs font justement remarquer que, malgré la présomption de connaissance de la loi, il peut aussi être nécessaire de rapporter la preuve du droit »⁶⁹.

15. Le principe de liberté de la preuve. Il existe en procédure pénale une diversité de modes de preuve. Elle découle du principe de liberté de la preuve énoncé en matière contraventionnelle à l'article 536 du Code de procédure pénale⁷⁰, en matière correctionnelle à l'article 427⁷¹, et en matière criminelle à l'article 353 du même Code⁷². Ce principe veut que toutes les preuves soient recevables. Le principe de la liberté de la preuve sous-entend d'abord que « rien n'interdit au juge pénal de se fonder sur des éléments de preuve recueillis en dehors du champ de la justice pénale. Ensuite, le plaignant peut, à l'appui de sa plainte produire des preuves qu'il s'est forgé lui-même, le juge conservant son pouvoir d'appréciation. Enfin, le fait que la loi ait prévu un procédé particulier de preuve pour une infraction déterminée n'entraîne pas l'irrecevabilité des autres modes de preuve s'ils n'ont pas été expressément interdits »⁷³.

⁶⁸ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Tome I, 2^{ème} éd, Paris, Bossange, 1830, p. 3.

⁶⁹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 12^{ème} éd., Paris, 2019, p. 443

⁷⁰ Art. 536, Code de proc. pén., « Sont également applicables les règles édictées par les articles 418 à 426 concernant la constitution de partie civile ; par les articles 427 à 457 relatifs à l'administration de la preuve sous réserve de qui est dit à l'article 537 ; par les articles 458 à 461 concernant la discussion par les parties ; par l'article 462 relatif au jugement ».

⁷¹ Art. 427, Code de proc. pén., « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats contradictoirement discutés devant lui ».

⁷² Art. 353, al. 2, Code de proc. pén., « Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense... ».

⁷³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^{ème} éd., Paris, Cujas, 2017, n° 406.

« Le législateur signifie aux policiers, aux magistrats de la poursuite, de l’instruction ou du jugement, comme à la partie poursuivie, que sont admissibles tous les modes de preuve, c’est-à-dire tous les moyens employés pour faire la preuve »⁷⁴.

En s’attardant sur la rédaction de l’article 427, il apparaît que le principe de liberté de la preuve concerne aussi bien la recherche libre de la preuve pénale que son appréciation qui va être faite par le juge pénal, d’après son intime conviction⁷⁵. Pour satisfaire l’exigence de manifestation de la vérité, le droit criminel fait appel à la technique et à la science⁷⁶. Dans la mesure où le principe de liberté de la preuve « consiste dans l’admissibilité de tout mode de preuve »⁷⁷, différents modes de preuve d’origine médicale ont intégré le système probatoire.

16. L’émergence de nouveaux modes de preuve. Les moyens de rechercher la vérité ont nettement évolué au cours du temps et à l’aube du XXIème siècle, « il est tentant d’entreprendre une réflexion sur les transformations de l’administration de la preuve qui est placée au cœur du procès »⁷⁸. Désormais, l’administration de la preuve place le corps humain au centre de la recherche probatoire parce ce qu’il est un espace privilégié d’investigation⁷⁹. Par conséquent, « la chair de la personne [...] devient le siège de l’enquête pénale »⁸⁰. En effet, l’essor des procédés scientifiques modernes et l’accroissement de leur fiabilité, incitent aujourd’hui les enquêteurs à chaque fois que la possibilité leur est offerte, à focaliser leurs investigations sur les indices issus du corps de la personne, ce qui engendre des atteintes au corps lors de l’administration de la preuve (Chapitre 1). Néanmoins, les évolutions de l’administration de la preuve doivent nécessairement être assorties de garanties pour la personne soupçonnée, afin que ses droits et libertés ne soient pas atteints. Il serait utopique de croire qu’une telle évolution des modes de preuve n’entraîne pas un certain bouleversement des principes encadrant leur administration, car des atteintes au consentement émergent lors de l’administration de la preuve (Chapitre 2).

⁷⁴ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op.cit.*, p. 459.

⁷⁵ G. DANJAUME, « Le principe de liberté de la preuve en procédure pénale », D. 1996, chron., p. 153.

⁷⁶ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Tome I*, 7^{ème} éd., Paris, Cujas, 1997, p. 213.

⁷⁷ A. DARSONVILLE, « La liberté dans la production de la preuve », Dalloz actualité, 7 janvier 2009.

⁷⁸ Y. DESFORGES, « L’évolution de l’administration de la preuve face aux défis scientifiques », AJ pén. 2014, p. 56.

⁷⁹ J-R DERMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 2012, p. 95.

⁸⁰ C. AMBROISE-CASTEROT, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », in *Mélanges Pierre Julien*, Paris, Edilaix, 2003, p. 9.

Chapitre 1 : Les atteintes au corps lors de l'administration de la preuve

17. Le fondement de l'inviolabilité du corps humain. L'inviolabilité du corps humain figure parmi les droits extrapatrimoniaux dont est titulaire la personne humaine. Ce principe garantit la protection du corps humain contre autrui. Il existe une réelle sacralité du corps humain qui se manifeste dans la législation. En effet, l'article 16-1 du Code civil dispose que le corps humain est inviolable et ce, en vertu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. L'objectif de ce principe est « de protéger l'espèce humaine contre les manipulations génétiques, en particulier les pratiques eugéniques, rendues aujourd'hui possibles par les progrès de la médecine »⁸¹. De nombreux textes internationaux protègent également le corps humain comme par exemple la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸².

Enoncé en des termes généraux, ledit principe pourrait permettre la protection du corps dans la recherche probatoire. En effet, « entre l'inquisiteur et le résultat qu'elle veut atteindre, la France de 1789 a placé le droit de l'individu et la dignité de l'homme »⁸³. Le législateur pénal a d'ailleurs donné à la protection de la personne humaine une place toute particulière. En analysant le découpage du Code pénal, il en ressort que la personne humaine est la première valeur sociale protégée. En effet, après avoir traité dans un livre premier les dispositions générales du droit pénal, le législateur a placé dans un livre deuxième les crimes et délits contre les personnes.

18. La protection relative de l'inviolabilité du corps humain. Bien que l'inviolabilité du corps humain soit un principe fondamental, il n'en demeure pas moins que dans la recherche probatoire, des atteintes à l'intégrité de la personne sont à déplorer (Section 1) et par conséquent, des entorses aux principes directeurs de la procédure pénale naissent de ces atteintes (Section 2).

⁸¹ R. CABRILLAC, « Le corps humain », in *Libertés et droits fondamentaux*, 7^{ème} éd., R. CABRILLAC, M-A FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), Paris, Dalloz, 2001, p. 149.

⁸² Le chapitre premier de cette charte s'intitule « Dignité » et consacre en son article 4 le droit à l'intégrité de la personne.

⁸³ R. MERLE, « Le corps humain, la justice pénale et les experts », JCP 1995, I, p. 1219.

Section 1 : Les atteintes à l'intégrité de la personne

19. Les contours de la notion d'intégrité. Selon le Larousse, l'intégrité désigne « l'état de quelque chose qui a toutes ses parties, qui n'a subi aucune diminution, aucun retranchement » ou « l'état de quelque chose qui a conservé sans altération ses qualités, son état originel ». Le lexique des termes juridiques donne une définition plus précise de ce que recouvre la notion d'intégrité en droit. Le terme d'intégrité correspond à l'intégrité du corps humain et cela « désigne la nécessité de préserver celui-ci de toute altération essentielle, en le protégeant dans sa substance et dans son intimité fondamentale ». L'intégrité du corps humain renvoie au principe d'inviolabilité de ce dernier.

La notion d'intégrité a deux versants, l'intégrité physique et l'intégrité psychique. L'intégrité physique, protégée par les articles 16 et suivants du Code civil fait référence à la protection et au respect du corps humain. Or, la médicalisation de l'administration de la preuve pose des problèmes relatifs à l'intégrité physique car on retrouve une exploitation du corps et de ses éléments (I). L'intégrité psychique quant à elle, se définit comme ce qui relève de la vie mentale, dans ses aspects conscients et/ou inconscients. Il peut sembler étonnant que le système probatoire ébranle cette forme d'intégrité. Néanmoins, il s'avère que la préservation de l'intégrité psychique est en jeu en raison de l'évolution de l'administration de la preuve et plus précisément, de l'exploitation des pensées (II).

I. L'exploitation du corps et de ses éléments

20. La protection du corps face à la préservation de l'intérêt général. Le droit français refuse de considérer le corps humain comme une chose, « il est le support de la personne en tant qu'être »⁸⁴. Pour cette raison, le corps humain est protégé contre les tiers et la protection de l'intégrité physique est un principe d'ordre public.

Cependant, la protection du corps est subordonnée à la préservation de l'intérêt général. Le législateur permet ainsi l'exploitation du corps de la personne soupçonnée (A). Dans le but de

⁸⁴ J. HAUSER, J-J LEMOULANT, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Dr. civ., D. 2005 (actualisation : juin 2016), n° 92.

prouver la culpabilité ou l'innocence de la personne soupçonnée, l'exploitation du corps de la victime est aussi tolérée (B).

A. L'exploitation du corps de la personne soupçonnée

21. La preuve de l'existence de l'infraction pénale. Lorsque des faits lui sont soumis, l'officier de police judiciaire doit déterminer si ces derniers constituent ou non une infraction pénale. La question se pose de savoir si ces faits peuvent recevoir une qualification pénale. Afin de constituer un acte ou une abstention réprimé par la loi, il faut démontrer l'existence d'un élément matériel.

Les progrès des sciences médicales offrent plus de sécurité quant à la preuve de cet élément. Cependant, dans ce domaine il existe une illusion à propos de l'intervention du corps médical (1). Par ailleurs, lorsque des faits reçoivent une qualification pénale, il faut les imputer à une personne, donc pouvoir identifier cette dernière. Dans ce domaine, les sciences médicales aident à la recherche de l'identification de la personne (2).

1) **L'existence d'une illusion de l'intervention du corps médical**

22. La recherche de la preuve de l'élément matériel. L'administration de la preuve a notamment pour but de faire des constatations matérielles qui prouveront l'existence de l'élément matériel de l'infraction pénale. Il se définit comme « l'attitude positive ou négative réprimée par la loi. L'élément matériel est la symbolisation simpliste de l'infraction pour le non juriste : le meurtre est le fait d'avoir tué autrui »⁸⁵.

La recherche de l'élément matériel fait intervenir différents acteurs qui n'appartiennent pas nécessairement au monde médical. L'illusion médicale se caractérise car il n'y a pas un recours systématique à la compétence des médecins, ils n'ont pas le monopole des investigations. En la matière, il existe une compétence excessive des officiers de police judiciaire (*a*), qui laisse place à une intervention restreinte du corps médical (*b*).

⁸⁵ M-L RASSAT, *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., Paris, Ellipses, 2017, p. 316.

a) La compétence excessive des officiers de police judiciaire

23. Les investigations réalisées par les officiers de police judiciaire. L'illusion médicale se caractérise par le fait que beaucoup d'investigations d'origine médicale ne sont pas mises en œuvre par les professionnels de santé, mais par des officiers de police judiciaire. En effet, il y a une différence entre les modes de preuve d'origine médicale et ceux effectivement mis en œuvre par le corps médical. A titre d'exemple, l'analyse de l'ADN d'un individu est possible grâce aux recherches médicales. Néanmoins, en pratique, ce ne sont pas les médecins qui pratiquent les prélèvements lors d'une enquête. En effet, il faut prendre garde à ne pas tomber dans une illusion médicale, « l'enquêteur scientifique appartient généralement au monde judiciaire et non au monde médical »⁸⁶.

Bien que la liste des investigations laissées aux officiers de police judiciaire soit limitée, il n'en demeure pas moins que dans la pratique, quantitativement, ces dernières sont plus nombreuses que les autopsies et autres expertises laissées à la compétence exclusive des professionnels de santé. Les officiers de police judiciaire sont compétents pour les constatations qui se trouvent dans le Code de la route et dans le Code de la santé publique. Principalement, le corps de la personne sera utilisé pour les constatations relatives à la consommation d'alcool ou de stupéfiants⁸⁷. Ces recherches sont effectuées par les officiers de police judiciaire grâce à une analyse de l'air expiré (éthylotest)⁸⁸, ou grâce à un test salivaire⁸⁹. Les analyses sanguines réalisées par le corps médical interviennent d'ailleurs après ces premières formes de dépistage. Cependant, ce seront les analyses sanguines qui permettront de vérifier la preuve de l'imprégnation alcoolique ou de la présence de stupéfiants dans l'organisme.

Cela étant, il est surprenant que des modes de preuve d'origine médicale soient majoritairement mis en œuvre par les officiers de police judiciaire et non par le corps médical. La compétence de ces derniers est-elle légitime dans de tels domaines ? Le droit pénal est en la matière lacunaire car les preuves médicalisées ne sont que très peu expressément citées dans le Code de procédure pénale. Il est souvent fait référence aux examens techniques et scientifiques ou encore au recours à une personne habilitée, mais le rôle spécifique que jouent les professionnels de santé n'est que très rarement visé.

⁸⁶ C. AMBROISE-CASTEROT, « La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne », RDSS 2008, p. 66.

⁸⁷ Art. L. 234-3, al. 2, Code de la route.

⁸⁸ Arts. L. 234-3 et L. 234-6, Code de la route.

⁸⁹ Arts. L. 235-2 et R. 235-6, Code de la route.

Seule une raison pratique peut expliquer cette compétence accrue des forces de l'ordre dans la recherche probatoire. En effet, la présence obligatoire d'un professionnel de santé rendrait la pratique moins rapide et son organisation laborieuse. Le critère de la gravité du caractère intrusif de l'investigation est pris en compte et les forces de l'ordre sont donc compétentes pour les investigations les moins invasives. La compétence importante laissée à ces dernières donne l'illusion d'une pratique médicale qui est en réalité une pratique judiciaire voire policière, impliquant une intervention restreinte du corps médical.

b) L'intervention restreinte du corps médical

24. Les modes de preuve exercés par le corps médical. Le principe de liberté de la preuve permet l'utilisation de nouveaux modes de preuve qui exploitent le corps de la personne. Les investigations doivent être proportionnées et nécessaires au but recherché et soumises à une enquête officielle⁹⁰. Le législateur les confie parfois à des experts désignés par décret⁹¹. Le juge d'instruction ou le procureur de la République font appel à ces expertises lorsque les nécessités d'une enquête l'exigent⁹². Les expertises se divisent en deux catégories, celles relatives aux personnes et celles relatives aux biens. Les deux catégories sont intéressantes pour la présente étude. En effet, les expertises relatives aux personnes comprennent les autopsies, les examens médicaux de la personne soupçonnée ou de la victime, les analyses sanguines, la recherche d'empreinte génétique ou l'analyse de traces diverses ainsi que la recherche d'une pathologie mentale⁹³. En ce qui concerne les infractions contre les biens, en cas de vol, des empreintes génétiques peuvent être recherchées sur les lieux du délit pour identifier le potentiel auteur de l'infraction. Néanmoins, seules quelques hypothèses rendent obligatoire l'intervention du corps médical.

25. La recherche du taux d'imprégnation alcoolique. L'analyse de l'imprégnation alcoolique dans le sang d'un individu doit être différenciée de l'utilisation de l'éthylotest mis en œuvre par les enquêteurs. Il s'agit d'une véritable analyse sanguine qui permet de donner avec précision le taux d'imprégnation alcoolique. En effet, l'éthylotest n'a pour fonction que de constater la présomption de l'existence d'un état alcoolique et les vérifications destinées à établir la preuve de l'imprégnation alcoolique sont mises en œuvre par des professionnels de

⁹⁰ G. DANJAUME, *op.cit.*, p. 153.

⁹¹ Décr. n°74-1184 du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires.

⁹² O. SIMART, « La lecture et l'exploitation du rapport d'expertise criminalistique par le juge d'instruction », AJ pén. 2011, p. 552.

⁹³ J-L CROIZIER, C. GUERY, « Expertises », Rép. Pén. Dalloz, février 2016.

santé⁹⁴. Le Code de la route dans ses articles L. 234-4 et L. 234-5 dispose qu'il s'agit « d'analyses ou examens médicaux, cliniques ou biologiques ». De la même façon, l'article L. 234-9 du Code de la route précise qu'en cas d'incapacité physique à subir un dépistage par l'air expiré, les officiers ou agents de police judiciaire « font procéder aux vérifications destinées à établir la preuve de l'état alcoolique au moyen d'analyses ou examens médicaux, cliniques ou biologiques ». A la lecture de l'alinéa 3 de l'article L. 234-4, pour ces hypothèses, il y a bien une compétence exclusive des professionnels de santé car il est précisé que « l'officier ou l'agent de police judiciaire peut requérir un médecin, un interne en médecine, un étudiant en médecine autorisé à exercer la médecine à titre de remplaçant ou un infirmier pour effectuer une prise de sang ».

Par conséquent, les officiers ou agents de police judiciaire n'ont pas le droit de faire eux-mêmes une analyse sanguine ce qui se justifie amplement en raison du caractère spécifique de l'examen. Il serait incohérent et inadapté de laisser une telle investigation à la charge de professionnels non compétents. Il en va de même en ce qui concerne la recherche de stupéfiants dans l'organisme d'un individu.

26. La recherche de stupéfiants dans l'organisme. En vertu de l'alinéa 5 de l'article L. 235-2 du Code de la route, « si les épreuves de dépistage se révèlent positives ou lorsque le conducteur refuse ou est dans l'impossibilité de les subir, les officiers ou agents de police judiciaire font procéder à des vérifications consistant en des analyses ou examens médicaux, cliniques et biologiques, en vue d'établir si la personne conduisait en ayant fait usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants. A cette fin, l'officier ou l'agent de police judiciaire peut requérir un médecin, un interne en médecine, un étudiant en médecine autorisé à exercer la médecine à titre de remplaçant ou un infirmier pour effectuer une prise de sang ». Pour le dépistage de stupéfiants, il n'y a pas de différence avec la preuve de l'imprégnation alcoolique. Les mêmes personnes compétentes sont expressément visées par le Code de la route, une fois de plus en raison de la spécificité de l'investigation.

27. La recherche de maladies sexuellement transmissibles. De même, en cas d'indices graves ou concordants qu'une personne a commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle, l'officier de police judiciaire peut faire procéder « à un examen médical et à une prise de sang afin de déterminer si cette personne n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement

⁹⁴ Art. L. 234-4, Code de la route.

transmissible »⁹⁵. Pour cet examen, un médecin, un infirmier ou une personne habilitée par les dispositions du Code de la santé publique⁹⁶ est compétent pour effectuer cet acte, exclusivement réservé à ces professionnels.

28. La recherche d'un produit dopant dans l'organisme d'un sportif. Pour poursuivre ces illustrations, en cas de suspicion de dopage d'un sportif, l'article R. 232-49 2° du Code du sport, dispose qu'un « examen médical » sera fait si la personne qui procède au contrôle est médecin et si elle l'estime nécessaire. Il s'agit encore d'une compétence des professionnels de santé.

29. Le cas des fouilles corporelles internes. Enfin, l'intervention du corps médical est obligatoire en ce qui concerne les fouilles corporelles internes et ce en vertu de l'article 63-5 du Code de procédure pénale. Lorsqu'on parle d'investigations corporelles internes, il s'agit de « la recherche d'une preuve cachée dans le corps du suspect, généralement dans la partie la plus intime de son anatomie »⁹⁷. L'intervention médicale se justifie aisément en raison du caractère intrusif de cette recherche probatoire. La circulaire du 4 décembre 2000 présentant des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête judiciaire, précisait qu'il s'agissait notamment de permettre la recherche de drogue non consommée, cachée dans l'organisme d'un individu⁹⁸.

Cependant, le législateur ne marque pas de différence entre les preuves scientifiques et les preuves médicales. Au-delà de ces exemples où le législateur la prévoit expressément, l'intervention d'un professionnel de santé s'efface au profit d'une intervention judiciaire pour toutes les autres investigations pourtant d'origine médicale. Cette exploitation du corps aide à la recherche de l'élément matériel de l'infraction pénale ce qui est susceptible de faciliter l'identification de la personne soupçonnée.

⁹⁵ Art. 706-47-2, al. 1, Code de proc pén.

⁹⁶ Art. R. 6211-32, Code de la santé publique.

⁹⁷ RDSS 2008, n° hors-série, « Droit pénal de la santé » ; Art. 63-5, Code de proc. pén.

⁹⁸ Réf, S.D.P.G.I. n° 1477-11-A.

2) L'aide à la recherche de l'identification de la personne

30. L'identification de la personne soupçonnée permettant l'imputation.

L'identification de la personne soupçonnée permet d'attribuer une infraction à une personne⁹⁹. Il s'agit de « l'imputation du fait objectivement constaté (attribution matérielle) »¹⁰⁰. De quelle manière l'identification de la personne soupçonnée et par conséquent l'imputation de l'infraction ont-elles évolué sous l'influence médicale ? « La découverte par Sir Alec Jeffreys d'une technique permettant d'utiliser l'ADN à des fins judiciaires »¹⁰¹ a été une véritable révolution dans le domaine de la preuve pénale. La preuve ADN consiste à la recherche du polymorphisme de l'acide désoxyribonucléique¹⁰².

A l'origine, seul le Code civil en ses articles 16-11 et suivants comptait des dispositions relatives aux empreintes génétiques depuis les lois bioéthiques de 1994¹⁰³. Désormais, le fondement des prélèvements biologiques en procédure pénale figure à l'article 706-56 alinéa premier du Code de procédure pénale¹⁰⁴. Un titre entier de ce Code est consacré aux empreintes génétiques¹⁰⁵, ce qui démontre l'importance de ces procédés dans la recherche probatoire. La preuve par empreinte génétique permet de « comparer une trace ADN inconnue avec le profil ADN d'une personne identifiée pour établir la probabilité que la trace provienne de cette personne »¹⁰⁶. Cette technique rend alors plus facile l'identification du potentiel auteur de l'infraction pénale¹⁰⁷.

Par ailleurs, le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)¹⁰⁸, permet aux enquêteurs d'entreprendre des comparaisons entre des empreintes génétiques déjà enregistrées dans le fichier et des empreintes génétiques retrouvées sur une scène

⁹⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2021, p. 572.

¹⁰⁰ V-F LEDUC, « Causalité et imputation », *Rev. Lamy Dr. Civ.*, juillet-août 2009, suppl. au n°40, p. 21, n°2.

¹⁰¹ Y. DESFORGES, *op.cit.*, p. 56.

¹⁰² M. MARTINELLE, « L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires », *AJ pén.* 2018, p. 69.

¹⁰³ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

¹⁰⁴ Art. 706-56, al. 1, Code de proc. pén., « L'officier de police judiciaire peut procéder ou faire procéder sous son contrôle, à l'égard des personnes mentionnées au premier, au deuxième et au troisième alinéa de l'article 706-54, à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique. Préalablement à cette opération, il peut vérifier ou faire vérifier par un agent de police judiciaire placé sous son contrôle que l'empreinte génétique de la personne concernée n'est pas déjà enregistrée, au vu de son état civil, dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques ».

¹⁰⁵ Code de proc. pén., Titre XX « Du fichier national automatisé des empreintes génétiques », L. n°2001-1062 ; art. A. 38, p. 1441 ; D. 18 mai 2000, p. 2377.

¹⁰⁶ E. SUPIOT, « Empreintes génétiques et droit pénal », *RSC* 2015, p. 827.

¹⁰⁷ M-C GRECIANO, « Présentation de la législation en matière génétique », *AJ pén.* 2018, p. 60.

¹⁰⁸ En vertu de l'article 706-55 du Code de procédure pénale, le FNAEG « centralise les traces et empreintes génétiques » concernant différentes infractions. Le FNAEG a été créée par la loi 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. L'affaire Guy Georges est à l'origine de la création de ce fichier et au départ, il ne concernait que les délinquants sexuels.

d'infraction¹⁰⁹. En facilitant l'identification de la personne, les preuves ADN aident à l'imputation de l'infraction.

31. Les dangers liés à l'utilisation des empreintes génétiques. Cependant, il faut être très prudent face à cette facilité utopique d'apporter la preuve de l'identification de la personne soupçonnée. En effet, si la trace biologique d'un individu est trouvée sur les lieux du crime, ce dernier sera considéré comme suspect. Cela dit, « le profil biologique d'un individu sur une scène de crime n'est pas une preuve en soi, mais simplement la preuve d'un contact entre ce lieu ou la victime et la personne identifiée »¹¹⁰. Autrement dit, cela révèle que la personne était présente à un moment donné sur la scène mais ça n'apporte en rien la preuve que c'est elle qui a effectivement commis l'infraction. Se fier aux preuves ADN peut avoir un effet rassurant pour le juge pénal, mais la prudence doit rester de mise car à trop leur accorder d'importance des erreurs judiciaires pourraient voir le jour.

De plus, le législateur opère une distinction entre l'examen des empreintes génétiques et l'examen des caractéristiques génétiques¹¹¹. « Alors que les premières se concentrent sur les parties dites non codantes de l'ADN et ont pour objet l'identification de la personne par comparaison, le second permet de déterminer l'origine génétique de certains traits physiques couleur des cheveux, de la peau, des yeux etc – ou physiologiques »¹¹². L'examen des caractéristiques génétiques permettrait de dresser un portrait-robot du présumé auteur de l'infraction. Bien qu'en vertu de l'article 16-10 du Code civil¹¹³ et de certains textes internationaux¹¹⁴ l'utilisation des parties codantes de l'ADN n'est pas permise, la chambre criminelle de la Cour de cassation retient une toute autre position. En effet, elle a estimé que le recours aux caractéristiques génétiques ne constituait qu'un moyen d'identification du présumé auteur de l'infraction¹¹⁵ et donc pouvait être utilisé en procédure pénale. Dans un arrêt du 25 juin 2014, le juge d'instruction avait saisi la chambre de l'instruction d'une requête en annulation de sa propre décision demandant à un expert de déterminer les caractéristiques

¹⁰⁹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^{ème} éd., Paris, Economica, 2016, p. 1571.

¹¹⁰ Y. DESFORGES, *op.cit.*, p. 56.

¹¹¹ Art. 16-10 et art. 16-11, Code civ. ; Art 1131-1, CSP.

¹¹² E. SUPLOT, *op.cit.*, p. 827.

¹¹³ Cet article retient que l'examen des caractéristiques génétiques codantes n'est autorisé qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

¹¹⁴ Résolutions successives du Conseil relatives à l'échange des résultats des analyses ADN des 9 juillet 1997, 25 juin 2001 et 30 novembre 2009 et la recommandation R(92)1 du Conseil de l'Europe sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique dans le cadre du système de justice pénale du 10 février 1992.

¹¹⁵ Crim., 25 juin 2014, n° 13-87.493, D. 2014, p. 1453 ; AJ pén. 2014, p. 487, obs. C. GIRAULT, J. DANET, « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au portrait-robot génétique (mais approximatif) validé », RSC 2014, p. 595 ; E. VERGES, « Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique du suspect face aux droits fondamentaux », RDLF 2014, chron. 25.

génétiques d'une personne soupçonnée de viols aggravés. Pour le juge d'instruction, il y avait une violation des articles 16-10 et 16-11 du Code civil ainsi que de l'article 226-25 du Code pénal¹¹⁶.

Néanmoins, la Cour de cassation confirmait la décision de la Cour d'appel. Elle estimait que ces articles étaient relatifs à la protection du corps et non au matériel qui se détache naturellement du corps humain. En l'espèce, il s'agissait de traces ADN laissées sur les lieux du crime et qui avaient permis l'identification de la personne à partir d'un matériel détaché. Le matériel détaché du corps de la personne ou l'ADN retrouvé sur le corps de la victime peut être utilisé pour dresser un portrait-robot génétique de la personne soupçonnée¹¹⁷. Comment alors expliquer que les éléments détachés du corps de la personne soupçonnée ne reçoivent pas la même protection que le corps humain ? L'analyse de l'ADN permet l'examen de différents éléments détachés du corps. Si on suit le raisonnement de la Cour de cassation, les éléments qui se détachent naturellement du corps ne sont pas protégés par les articles 16-10 et 16-11 du Code civil. En effet, les éléments qui se détachent naturellement du corps de la personne deviennent des choses et peuvent être utilisées sans le consentement de cette dernière. Finalement, les cheveux par exemple, d'une personne, retrouvés sur une scène de crime ne lui appartiennent plus mais les autorités de poursuite peuvent se les approprier pour les utiliser en tant que preuve. Cela se rapproche de la théorie des *res nullius* qui sont des choses qui n'appartiennent à personne mais qui sont quand même appropriables.

De surcroît, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, en introduisant l'article 706-56-1-1 dans le Code de procédure pénale, permet pour les crimes prévus à l'article 706-55 de rechercher des liens de parenté entre une personne soupçonnée et une personne qui a déjà été soupçonnée ou condamnée, dont les empreintes génétiques figurent déjà sur le FNAEG¹¹⁸. De plus, la Cour de cassation a admis que la recherche ADN en parentèle pouvait être étendue aux collatéraux¹¹⁹. En l'espèce, des prélèvements biologiques avaient été recueillis sur les lieux de commission de plusieurs viols et agressions sexuelles. Le profil génétique de l'auteur non identifié était enregistré au FNAEG

¹¹⁶ Art. 226-25, Code pén., « Le fait de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique, ou à des fins médicales ou de recherche scientifique, sans avoir recueilli préalablement son consentement dans les conditions prévues à l'article 16-10 du Code civil, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

¹¹⁷ C. GIRAULT, « Faut-il légiférer sur le portrait-robot génétique ? », AJ pén. 2018, p. 63.

¹¹⁸ La recherche ADN en parentèle laisse penser qu'il y a un certain déterminisme chez les auteurs d'infraction. Il s'agit d'une théorie qui a été fermement défendue par Cesare Lombroso et qui sera abordée dans le chapitre suivant.

¹¹⁹ Crim., 28 juin 2017, n° 17-80.055, D. actu. 17 juill. 2017, obs. FUCINI ; AJ pén. 2017. 451, obs. THOMAS-TAILLANDIER.

et comparé aux caractéristiques génétiques d'individus déjà répertoriés. Cependant, les investigations demeuraient vaines donc une ordonnance de non-lieu était rendue. A la suite d'une nouvelle information, le juge d'instruction ordonnait une expertise de rapprochement en parentèle des traces ADN. Le juge délivrait une commission rogatoire tendant à ce que les enquêteurs exploitent les résultats de la demande d'expertise en parentèle, car elle établissait la proximité génétique de vingt-neuf personnes. Les enquêteurs procédaient alors à des investigations sur les ascendants, les descendants et les collatéraux de ces personnes, ce qui permis l'arrestation d'un individu. Ce dernier remettait en cause la recherche en parentèle sur les collatéraux. La Cour de cassation affirmait que « les articles 81, 706-54 et suivants du code de procédure pénale permettaient au juge d'instruction d'ordonner une expertise ayant pour objet l'identification et la recherche des auteurs des crimes et délits mentionnés à l'article 706-55 dudit code en sélectionnant, par une comparaison avec le profil génétique identifié comme étant celui de l'auteur de l'infraction, parmi les personnes enregistrées dans la base de données, celles qui étaient susceptibles de lui être apparentées en ligne directe, la liste proposée pouvant exceptionnellement comporter des collatéraux de l'auteur recherché ». Il s'agit d'atteintes significatives au respect de la vie privée justifiées par la préservation de l'intérêt général. Mais, l'identification de la personne grâce à l'utilisation du FNAEG pose un autre problème et non des moindres, celui relatif au droit à l'oubli.

32. Le stockage des empreintes, quelle place pour le droit à l'oubli ? La conservation des empreintes génétiques sur le FNAEG soulève de nombreuses questions. Par principe, la conservation est de quarante ans pour les personnes définitivement condamnées¹²⁰. Par exception, les personnes suspectées, à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elles aient commis une infraction voient leurs empreintes génétiques conservées durant vingt-cinq ans¹²¹. Ainsi, les durées de conservation sont extrêmement longues. Ce qui est d'autant plus surprenant est que ces durées ne correspondent pas aux délais de prescription de l'action publique. En effet, le délai de prescription est de six ans pour les délits et de vingt ans pour les crimes¹²². Il y a donc une véritable inadéquation entre la prescription de l'action publique et les délais excessifs, disproportionnés¹²³, de conservation des empreintes génétiques au FNAEG. Cela démontre un manque de cohérence avec le droit à l'oubli.

¹²⁰ Art. R. 53-14, Code de proc. pén.

¹²¹ Art. R. 53-10, I, 2, Code de proc. pén.

¹²² Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

¹²³ CEDH, 4 décembre 2008, *Marper c/ Royaume-Uni*.

L'oubli en droit pénal désigne d'une manière générale la perte d'une certaine connaissance ou de quelque chose, « soit en raison de l'écoulement du temps, soit en raison d'une distraction, soit par suite d'un acte volontaire »¹²⁴. Ce droit « peut être envisagé de manière générale comme un concept [...], l'oubli ou plus précisément le droit à l'oubli, expression communément utilisée par la doctrine, est ainsi pris en compte par le droit pénal pour justifier certaines causes d'extinction des peines, telles que l'amnistie ou la prescription. Il est alors un moyen au service du pardon, au service d'une volonté de ne pas se souvenir, de ne plus penser »¹²⁵ « à quelque chose de désagréable ou à un évènement qui nous a fait souffrir »¹²⁶. Avec le FNAEG, les personnes sont fichées et leur droit à l'oubli, qui s'apparente plus à une clémence, est impacté. En effet, il permet en théorie à l'individu de voir certaines des informations le concernant être effacées. La prescription de l'action publique participe au droit à l'oubli en ne rendant plus possibles les poursuites pour des faits anciens. Néanmoins, en permettant de conserver les empreintes génétiques de façon disproportionnée, le législateur porte atteinte à ce droit car le temps pour obtenir l'effacement des données est extrêmement long.

Tout cela démontre que le législateur met bien tout en œuvre pour préserver l'ordre social¹²⁷. Cependant, il n'y a pas que le corps de la personne soupçonnée qui est exploité car le corps de la victime est aussi mis à contribution dans la recherche probatoire.

B. Les atteintes au corps de la victime

33. La prise en compte de la victime dans la recherche probatoire. L'objectif de manifestation de la vérité nécessite de prendre en compte le corps de la personne soupçonnée mais également le corps de la victime. Ce dernier peut aider à déterminer l'exacte qualification des faits aussi bien lorsque la victime est décédée (1), que lorsqu'elle est vivante (2).

¹²⁴ H. MATSOPOULOU, « L'oubli en droit pénal », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 771.

¹²⁵ L. GREGOIRE, *Les mesures de sûreté, Essai sur l'autonomie d'une notion*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 54.

¹²⁶ H. MATSOPOULOU, *op.cit.*, p. 771.

¹²⁷ J-R DEMARCHI, *op.cit.*, p. 185.

1) Le corps de la victime décédée

34. L'étude du corps de la victime décédée. Le corps de la victime peut regorger d'indices utiles à la recherche probatoire. L'étude du corps de la victime décédée a rapidement constitué une nécessité pour la justice. Cette étude a été permise par la mission initiale de la médecine légale (a). L'analyse du corps de la victime se justifie d'autant plus car la médecine légale est une spécialité permettant d'apporter un soutien à l'opération de qualification (b).

a) La mission initiale de la médecine légale

35. L'évolution du recours à l'activité médico-légale. L'activité médico légale contribue « de manière essentielle au progrès judiciaire et aux garanties qui le caractérisent. Médecine des morts mais combien davantage médecine des vivants, la médecine légale n'a cessé, ces dernières décennies, de s'ouvrir à de nouvelles disciplines, tout en constituant un ferment d'évolution pour la recherche scientifique »¹²⁸. Cette activité recouvre « toute la diversité de la profession médicale, des généralistes aux spécialistes, des hospitaliers aux libéraux, des précaires aux statutaires de la fonction publique hospitalière, des professionnels aux occasionnels »¹²⁹. En procédure pénale, les examens médicaux légaux peuvent intervenir durant l'enquête, l'instruction, le jugement voire dans la phase d'exécution des peines¹³⁰.

A l'origine, la médecine légale n'avait pour mission que de faire parler les morts. Dès l'an 800, l'empereur Charlemagne imposait aux juges de faire appel au savoir des médecins en cas de mort criminelle. Plus tard, au XIV^{ème} siècle, la première autopsie médico-légale fut réalisée à Bologne sur un corps suspecté d'avoir été empoisonné¹³¹.

C'est en 1532 que le recours à la médecine légale pris un tournant sous l'influence de Charles Quint avec la *Constitutio criminalis Carolina*. « Un grand nombre de ses dispositions entraînent un approfondissement indispensable de la discipline médico-légale. Les articles 147 et 148 rendirent la médecine indispensable à la justice. D'autres articles établissent un

¹²⁸ O. JARDE, C. MANAOUIL, « Organisation de la médecine légale en France », in *Traité de médecine légale et de droit de la santé, à l'usage des professionnels de la santé et de la justice*, (dir.) P. CHARIOT, M. DEBOUT, Paris, éd. Vuibert, 2010, p. 13.

¹²⁹ R. JUSTON, « Devenir expert, rester médecin ? Les effets de la spécialité médicale sur l'exercice de la médecine légale », *Sociologie du travail*, Vol. 60, n°3, juillet-septembre 2018.

¹³⁰ L. LETURMY, « De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès pénal : quelques remarques générales sur l'expertise pénale », *AJ pén.* 2006, p. 58.

¹³¹ P. WERY, J-P BEAUTHIER, « De l'ouverture des corps aux racines de la médecine légale » in *Traité de Médecine légale*, J-P BEAUTHIER (dir.), Bruxelles, De Boeck, 2011, p.22.

principe de proportionnalité entre les peines et les blessures consécutives aux crimes et aux délits, donnant ainsi une place prédominante aux constatations médico-légales. A la même époque, Ambroise Paré, chirurgien du Roi, s'intéressa dans ses œuvres à la médecine légale, à la pratique des autopsies et réfléchit à ce que la médecine et la chirurgie pouvaient apporter à la justice du XIV^{ème} siècle »¹³². Après la Révolution française, l'autopsie judiciaire des cadavres était presque acceptée par tous. Au XIX^{ème} siècle des ouvrages de référence en la matière virent le jour. Notamment, le *Traité de médecine légale* de Mathieu Orfila en 1830, *L'étude médico-légale sur les attentats aux mœurs* d'Auguste Ambroise Tardieu en 1857 ou encore *Des causes d'erreur dans les expertises relatives aux attentats à la pudeur* de Paul Brouardel en 1884.

Au XX^{ème} siècle, avec l'évolution des techniques médicales, les attentes de la justice envers l'activité médico-légale se sont accrues. Actuellement, les interventions de la médecine-légale concernent toutes les constatations utiles au procès pénal. Ainsi, le corps de la victime peut révéler des éléments de preuve mais surtout de soutenir l'opération de qualification des faits.

b) Le soutien à l'opération de qualification

36. L'opération de qualification grâce au corps de la victime. En vertu du principe de légalité, sans qualification des faits, les poursuites pénales ne sont pas possibles. La première qualification des faits est donnée par les forces de l'ordre et il revient ensuite aux autorités judiciaires de restituer aux faits leur exacte qualification¹³³. De quelle manière l'activité médico-légale peut-elle assurer une meilleure qualification des faits ? L'intervention de la victime dans la recherche probatoire va de pair avec le souci d'une meilleure prise en compte de cette dernière au sein du procès pénal.¹³⁴ L'activité médico-légale recherche des preuves de l'infraction dans ou sur le corps même de la victime. Tout d'abord, la médecine légale œuvre dans une activité thanatologique¹³⁵.

¹³² A. DELBREUIL, M. VOYER, M. SAPANET, L. LETURMY, « L'autopsie médico-légale au regard de la loi », *Press Méd.*, 2018, 47, p. 340.

¹³³ R. PARIZOT, S. DETRAZ, « Le choix de la qualification », *in La qualification dans le procès pénal*, O. DECIMA (dir.), Paris, Cujas, 2013, p. 51.

¹³⁴ L. LETURMY, « Justice pénale et urgences médico légales », *RDSS*, 2007, p. 436.

¹³⁵ L'activité thanatologique concerne les levées de corps ainsi que les autopsies. Elle fait référence à la médecine légale des morts dans les cas où la mort d'un individu paraît suspecte.

Dans les années 1920, dans son *Traité théorique et pratique*, le Docteur Dubois parlait d'autopsie cadavérique et la définissait de la manière suivante : « on appelle autopsie cadavérique l'examen des diverses parties d'un cadavre. Les médecins ne peuvent la pratiquer sans le consentement de la famille et après avoir prévenu le commissaire de police. Si c'est la famille qui demande l'autopsie, celle-ci ne peut être faite qu'après la constatation du décès. En cas de crime ou d'accident, c'est au Procureur de la République qu'il appartient d'ordonner l'autopsie et de faire les réquisitions nécessaires, mais seulement après procès-verbal constatant la levée du cadavre. Cependant, en cas d'urgence ou d'éloignement trop considérable, l'officier de police (Maire, Commissaire ou Juge de paix) peut ordonner l'autopsie immédiate »¹³⁶. Depuis lors, la définition de l'autopsie telle que nous l'entendons encore aujourd'hui n'a pas fondamentalement changé.

En pratique, en cas de mort suspecte, une levée de corps¹³⁷ va être entreprise puis une autopsie pour rechercher les causes de la mort, afin de savoir s'il s'agit d'un homicide, d'un suicide ou d'un accident. L'activité médico-légale permet donc de restituer aux faits leur véritable qualification pénale en assurant qu'il s'agit par exemple d'un homicide.

Cette activité médicale est une source d'information non négligeable pour les enquêteurs lorsque par exemple il subsiste un doute entre un suicide et un homicide. En cas d'hypothèse d'homicide, le corps de la victime va parler et devenir une source importante d'éléments probants en faveur ou en défaveur de l'individu soupçonné. Le délai post-mortem va être évalué ainsi que l'identité de la victime et la recherche de traces et indices sur le corps pourront aider à identifier le potentiel auteur de l'infraction. D'autres techniques telles que l'anthropologie¹³⁸, l'imagerie¹³⁹, la détermination de l'âge¹⁴⁰, la toxicologie¹⁴¹ ou l'entomologie¹⁴² aideront également à déceler des éléments de preuve qui faciliteront une meilleure qualification des faits.

¹³⁶ O. DUBOIS, *La médecine nouvelle : Traité théorique et pratique de médecine et de pharmacie usuelle d'hygiène et de médecine légale*, 125^{ème} éd., Paris, 1920.

¹³⁷ Par levée de corps, on entend l'examen externe du cadavre réalisé en lieu et temps de sa découverte sur réquisition d'un officier de police judiciaire ou du Procureur de la République.

¹³⁸ L'anthropologie médico légale lésionnelle a pour objet d'analyser les lésions osseuses afin de préciser les causes et les circonstances d'un décès. Cette technique va permettre de déterminer la violence des coups portés, leur direction et si l'agresseur était gaucher ou droitier...

¹³⁹ Il s'agit de l'exploration du corps humain par des techniques non invasives.

¹⁴⁰ La détermination de l'âge est basée sur l'examen clinique, l'examen radiographique osseux et l'examen dentaire de la victime. Cette détermination va principalement être demandée pour des victimes mineures sans papiers.

¹⁴¹ Il s'agit de l'ensemble des procédés d'analyse chimique permettant l'identification du dosage de substances médicamenteuses, toxiques, ou stupéfiantes dans des prélèvements biologiques ou non, à des fins judiciaires.

¹⁴² Il s'agit de l'étude des insectes nécrophages, ce qui va parfois permettre de dater la mort.

Le corps de la victime décédée subit donc aussi des atteintes dans le but de rechercher la vérité. Toutefois, l'influence de l'activité médico-légale est encore plus parlante en ce qui concerne les victimes vivantes.

2) Le corps de la victime vivante

37. La recherche d'une qualification par l'analyse du corps de la victime. Le corps de la victime vivante est une ressource et non des moindres dans la recherche de la qualification. Concernant en premier lieu le calcul des incapacités totales de travail (ITT)¹⁴³, il ne peut se faire sans l'intervention d'un médecin. En ce sens, le médecin aura pour rôle d'évaluer la réalité et la gravité des violences commises sur le corps de la victime. En cas de violences, un médecin agréé va être en charge d'évaluer les ITT rapidement en raison du caractère périssable des preuves de violence. La description des blessures et la détermination de l'ITT va permettre non seulement d'évaluer la gravité des faits et donc leur qualification car celle de violences volontaires dépend du calcul de l'ITT, mais également elle permet d'obtenir l'indemnisation civile en fonction de cette gravité.

Cependant, il y a une difficulté quant à cette prérogative laissée au médecin. La détermination des ITT est disparate car la notion même n'est pas définie par la loi, « seule la jurisprudence en dessine les contours en la définissant comme une gêne notable dans les actes de la vie courante, comme l'impossibilité de pourvoir normalement aux activités de la vie quotidienne »¹⁴⁴. Selon la jurisprudence, l'ITT ne concerne pas le travail en tant que tel mais les activités quotidiennes de la personne, elle « n'implique pas nécessairement l'impossibilité pour la victime de se livrer à un effort physique »¹⁴⁵. Il serait préférable que le législateur définisse de façon plus précise l'ITT et sa détermination pour éviter des disparités d'indemnisations. De la même manière, une ITT trop largement calculée pourrait avoir des conséquences néfastes sur l'avenir de la personne soupçonnée ce qui serait tout aussi regrettable. Il vaudrait mieux trouver un équilibre entre les intérêts en présence. Cet examen va donc conditionner le choix de la qualification de l'infraction et la procédure qui sera applicable.

¹⁴³ L'ITT est « une notion juridique qui permet aux autorités d'apprécier la gravité des violences exercées, et de qualifier pénalement les faits. Selon en effet que l'incapacité est de plus de huit jours ou au plus égale à huit jours lorsque les violences sont volontaires, ou de plus de trois mois ou au plus égales à trois mois lorsqu'elles sont non intentionnelles, l'infraction constitue tantôt un délit tantôt une contravention ». L. LETURMY, « Justice pénale et urgences médico légales », RDSS 2007, p. 436.

¹⁴⁴ L. LETURMY, *op.cit.*, p. 436.

¹⁴⁵ Crim., 30 juin 1999, n° 98-81.267. 6 févr. 2001, D. 2001, IR p. 1669. - L. DEMONT, « L'incapacité totale de travail en droit positif », Med. Leg. Soc. 2002 ; p. 5.

De plus, en cas d'agressions sexuelles, une expertise médicale sera effectuée pour trouver des traces biologiques¹⁴⁶ et des signes de violence permettant de caractériser un rapport forcé. Cette expertise, en tant qu'élément objectif, permettra ou non de justifier la qualification de viol. L'expertise se déroule en plusieurs étapes, l'interrogatoire, l'examen général, l'examen sexuel et enfin la proposition d'un traitement pour la victime. Le rôle de l'expertise dans la détermination du défaut de consentement pour le viol ou les agressions sexuelles est primordial. En effet, le spécialiste va rechercher la présence de « lésions éventuelles prouvant l'absence de consentement : hématome, érythèmes, plaies sur la face interne des cuisses, la vulve, la verge, le scrotum, la marge anale »¹⁴⁷. A titre d'exemple, la lésion « en faveur d'une pénétration sexuelle chez la femme : l'hymen est la frontière médico-légale du viol. Les variations physiologiques d'hymen sont nombreuses. Il faut rechercher des déchirures atteignant (ou non) la muqueuse vaginale [...] dont la cicatrisation est complète en cinq à sept jours ». Pour confirmer l'agression, des prélèvements sont indispensables (présence de spermatozoïdes). Pour faciliter l'identification de l'auteur de l'infraction des autres prélèvements seront effectués aussi bien sur les parties intimes de la victime que sur ses vêtements.

38. La motivation de la qualification pénale des faits. Au-delà de devoir restituer aux faits leur exacte qualification, il existe une obligation de motiver cette dernière. « En effet, il est fait obligation au juge pénal de caractériser l'infraction en tous ses éléments. Cette obligation permet de vérifier que le juge pénal fait bien reposer les faits sur une incrimination déjà prévue légalement »¹⁴⁸. Grâce à la recherche probatoire dans laquelle intervient le médecin, le choix de la qualification pénale va être conforté. Dans les cas où une personne est soupçonnée de viol, l'examen entrepris sur le corps de la victime peut aider les autorités dans le choix de la qualification. La médecine peut aussi démontrer l'existence ou non d'une pénétration et donc la qualification entre le viol et l'agression sexuelle. Elle devient alors une réalité scientifique mais la réalité scientifique n'est pas nécessairement la preuve d'une culpabilité. La corrélation hypothétique entre l'ADN trouvé sur le corps de la victime et celui de la personne soupçonnée ne veut pas dire que cette dernière a commis une infraction. De même que des traces d'un rapport sexuel violent ne prouvent pas à elles seules l'existence d'un rapport forcé.

¹⁴⁶ La recherche de traces biologiques a pour but de trouver notamment des traces de sperme et donc également des traces ADN qui permettront d'identifier le potentiel auteur de l'infraction.

¹⁴⁷ F. GUILLET-MAY, O. THIEBAUGEORGES, « Le médecin face aux agressions sexuelles et au viol », *Médecine & Droit*, janvier-février 2006, p. 35.

¹⁴⁸ E. GALLARDO, *La qualification pénale des faits*, Aix en Provence, PUAM, 2013, p. 140.

Les expertises médicales effectuées sur le corps de la victime doivent simplement être utiles au magistrat pour motiver la qualification pénale des faits. En raison de son incompétence dans le domaine médical, il en ressort que c'est l'expertise donnée par le médecin qui servira à influencer le choix de la qualification des faits. Néanmoins, l'erreur médicale est elle aussi possible et les conclusions médicales ne correspondent pas nécessairement à la réalité du fait juridique.

L'exploitation du corps de la personne soupçonnée et celle du corps de la victime démontrent que les atteintes à l'intégrité physique sont réalisées afin de préserver l'intérêt général, but premier du droit pénal. Néanmoins, l'exploitation du corps et de ses éléments semble proportionnée à la finalité poursuivie, à savoir la recherche de l'auteur de l'infraction. Cependant, il n'y a pas que le corps et ses éléments qui sont exploités dans la recherche probatoire mais aussi les pensées.

II. L'exploitation des pensées

39. Les avancées scientifiques relatives à l'exploitation des pensées. Les avancées scientifiques permettent désormais d'étudier les émotions du sujet grâce aux techniques neuroscientifiques dont l'intégration a été controversée en droit pénal (A). En effet, ces techniques permettent une exploration cérébrale car elles aident à la compréhension de la façon dont le système nerveux se développe, comment il est organisé et de quelle manière son fonctionnement produit les comportements¹⁴⁹. Néanmoins, une avancée scientifique entraîne parfois des dangers pour le droit pénal. Les techniques neuroscientifiques n'échappent pas à cette règle car leur utilisation est controversée (B).

A. L'intégration controversée des neurosciences en droit pénal

40. La particularité des neurosciences. D'un point de vue éthique, les neurosciences peuvent engendrer des craintes car elles permettent d'ouvrir la « boîte noire » de l'individu, à savoir le fonctionnement du cerveau qui est longtemps demeuré source de questionnements. Le

¹⁴⁹ L. PIGNATEL, *L'émergence d'un neurodroit, Contribution à l'étude de la relation entre les neurosciences et le droit*, Thèse, Aix-Marseille, 2019, p. 60.

psychisme de l'individu fascine tant il n'est pas palpable alors qu'il peut être source d'informations pour le scientifique mais aussi pour la justice. Pour cette raison, la justice a eu recours à l'étude du psychisme de la personne (1). Cet intérêt a nettement évolué avec le recours aux neurosciences à titre de preuve pénale (2).

1) L'étude du psychisme de la personne

41. Les prémices de l'utilisation du psychisme de l'individu. Le 12 décembre 2000, la Cour de cassation était en présence d'une situation inédite, l'utilisation de l'hypnose au soutien d'un témoignage¹⁵⁰. En l'espèce, un juge d'instruction avait commis un hypnologue de faire procéder à l'audition d'un gendarme, témoin d'un vol à main armée. Ce dernier avait donné son accord pour être placé sous hypnose. L'expert hypnologue n'était pas inscrit sur une liste mais avait été désigné en raison de ses compétences et de son expérience dans ce domaine. Il avait d'ailleurs déjà participé à plusieurs reprises, à des missions judiciaires comparables et prêté serment. Les déclarations du témoin données sous hypnose furent retranscrites dans le procès-verbal. La chambre de l'instruction fut saisie par deux mis en examen qui estimaient que le témoignage sous hypnose ne pouvait pas être pris en compte en ce qu'il constituait un procédé interdit. La question se posait alors de savoir si l'hypnose pouvait ou non être utilisée comme preuve pénale.

Dans cette affaire, le témoignage donné sous hypnose avait été frappé de nullité par la Cour de cassation. La chambre criminelle estimait qu'il était nécessaire que la personne « conserve durant son audition la maîtrise de ce qu'elle dit »¹⁵¹. La prestation de serment était « incompatible avec tout procédé tendant à annihiler le contrôle de la parole, qui est nécessairement et seulement exploratoire »¹⁵². La Cour de cassation considérait alors que l'hypnose ne rentrait pas dans le champ des preuves légalement admissibles et que cette technique ne respectait pas les principes liés à l'administration de la preuve pénale¹⁵³, « la violation des dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves compromet l'exercice des droits de la défense ». Il s'agissait dans cette espèce d'une audition et cette

¹⁵⁰ Crim., 12 décembre 2000, n° 00-83.852 ; note D. MAYER, J-F CHASSAING, « Y-a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », D. 2001, p.1340 ; A. GIUDICELLI, « Témoignage sous hypnose ou expertise hypnotique ? », RSC 2001, p. 610.

¹⁵¹ A. GIUDICELLI, « Témoignage sous hypnose ou expertise hypnotique », RSC 2001, p. 610.

¹⁵² D. MAYER, J-F CHASSAING, « Y-a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », D. 2001, p. 1340.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 1340.

dernière ne pouvait se dérouler sous le contrôle d'un expert mais sous celui du magistrat instructeur ou des officiers de police judiciaire. La procédure même de l'audition n'était donc pas respectée.

Cependant, concernant l'hypnose, la jurisprudence et la doctrine sont hostiles à son utilisation dans une procédure pénale car elles restent défavorables à la renonciation du contrôle conscient de la parole. Il existe une certaine méfiance des juridictions françaises face à cette technique qui garde sa part de mystère. Cette décision a été réaffirmée dans un arrêt de la chambre criminelle du 28 novembre 2001.

En tant que science paramédicale, l'hypnose a pour fonction de placer un sujet dans un état conscient particulier, entre la veille et le sommeil. Cette technique permet par la suggestion de solliciter l'inconscient du sujet, autrement dit, le psychisme dans son ensemble. Le psychisme de l'individu intéresse les enquêteurs et magistrats car il peut recéler un certain nombre d'informations que les modes de preuve classiques ne peuvent pas nécessairement rapporter. Le mensonge, les souvenirs, la crédibilité sont tant d'éléments qui ne sont pas palpables si le témoin, la victime ou la personne mise en cause se refusent à parler. Parfois même, l'état traumatique d'une victime engendre des pertes de mémoire des faits. L'exploitation du psychisme permet dans une certaine mesure de pallier ces difficultés probatoires. Ainsi, la mise sous hypnose d'une victime peut lui permettre de recouvrer la mémoire ou se souvenir de détails de la situation infractionnelle. L'hypnose est à ce titre utilisée depuis longtemps dans les pays anglo-saxons.

Toutefois, il faut prendre garde à ne pas accorder trop de crédit à l'hypnose car les souvenirs déterrés peuvent être des fantasmes et non le reflet de la réalité. Elle constituerait donc un moyen incertain de remémoration. Le problème posé par l'hypnose est similaire à celui que soulève la narcoanalyse, autrement appelé sérum de vérité. En effet, dans les deux cas, l'auteur du témoignage perd le contrôle de sa parole.

Néanmoins, l'intérêt pour l'étude du psychisme de l'individu n'a pas disparu car quelques années plus tard, le législateur a admis d'autres techniques visant à utiliser le psychisme des personnes dans la recherche probatoire.

2) Les recours aux neurosciences à titre de preuve pénale

42. Le principe de liberté de la preuve et l'utilisation des neurosciences. En raison du principe de liberté de la preuve gouvernant la procédure pénale, les neurosciences ont pu intégrer le système probatoire français. Le développement des connaissances sur le fonctionnement du cerveau et notamment « des études allant dans le sens d'une association des dysfonctionnements structuraux ou fonctionnels du cerveau à la manifestation de certains comportements déviants ont ouvert la voie pour certains à l'utilisation des neurosciences dans le cadres des expertises pénales »¹⁵⁴.

A l'origine, le recours aux neurosciences était absent dans le projet de révision des lois bioéthiques. Le député Jean Léonetti avait dans son rapport au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi déploré cette absence. Néanmoins, le rapport soulignait quand même qu'il était nécessaire de poser les bases d'un encadrement éthique en matière de neurosciences et d'imagerie cérébrale¹⁵⁵. La crainte était que le cerveau soit considéré « en tant que siège de la conscience et de l'identité de l'individu qui porte la vérité de la personne ou que l'on utilise ces savoirs pour prédire son comportement ou ce qui relève de son for intérieur »¹⁵⁶.

Par la suite, après l'utilisation des données génétiques, la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique¹⁵⁷ a « mis en place pour la première fois, un encadrement des applications des neurosciences en réglementant l'accès aux techniques d'imagerie cérébrales »¹⁵⁸. Cela marque l'entrée réglementée des neurosciences dans les procédures judiciaires. La loi rend désormais possible le recours aux techniques neuroscientifiques sans pour autant suggérer qu'elles viennent en complément des expertises traditionnelles. L'article 16-14 du Code civil dispose que « Les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à

¹⁵⁴ G-M GKOTSI, V. MOULIN, J. GASSER, « Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi française », *L'Encéphale*, 2015, vol. 41, p. 387.

¹⁵⁵ Rapp. n°3111, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n°2911), J. LEONETTI, VII, A.

¹⁵⁶ F-N BUFFET, Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, de suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale relatif à la bioéthique, n°381, 2011.

¹⁵⁷ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JO n° 0157 du 8 juillet 2011, p. 11826 ; P. LARRIEU, « La réception des neurosciences par le droit », *AJ pén.* 2011, p. 231 ; J-C CAILLOUX, H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.* 2012, p. 308 ; A. AUBERT, E. COUDRET, « Prédicibilité du comportement : neurosciences et neuro-mythes », *AJ pén.* 2012, p. 80.

¹⁵⁸ J-C GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, *ibid.*, p. 308.

la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen ».

43. Les neurosciences en procédure pénale. Au regard de la procédure, les neurosciences peuvent être utilisées pour les auditions, les interrogatoires aussi bien sur les victimes, les témoins que les suspects. Lors d'une enquête pénale, l'architecture et le fonctionnement du cerveau de la personne soupçonnée peuvent être analysés. L'émergence d'un « neurodroit » est palpable et permet d'apporter un nouvel éclairage lors des différentes étapes de la procédure judiciaire puisque l'imagerie cérébrale est utilisée comme preuve et qu'elle permet aussi la compréhension des mécanismes délibératifs¹⁵⁹. Le tout, « dans le but d'améliorer l'équité et l'efficacité du système judiciaire »¹⁶⁰.

Cependant, dans le Code de procédure pénale, il n'y a pas de dispositions spécifiques, relatives à l'utilisation des neurosciences dans le système probatoire. Une réponse ministérielle de 2011 éclaire la situation¹⁶¹. Il est rappelé que le recours aux neurosciences ne saurait contrevenir aux principes fondamentaux de la procédure pénale, notamment le principe de loyauté de la preuve. De même, les techniques neuroscientifiques ne doivent pas porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine. Il était précisé qu'en vertu du principe de liberté de la preuve tous les modes de preuve y compris les neurosciences peuvent être utilisés. Le législateur a intégré la possibilité de faire appel aux sciences du cerveau dans le système probatoire, ce qui montre une atteinte à l'intégrité psychique.

B. L'utilisation controversée des neurosciences en droit pénal

44. La « perfection » apparente des neurosciences. Issues du savoir scientifique, les données neuroscientifiques peuvent présenter l'apparence de preuves parfaites. Certes, elles offrent diverses possibilités (1) mais il faut rester prudent face à l'attrait pour ces dernières, car il existe des limites inhérentes aux techniques neuroscientifiques (2).

¹⁵⁹ O. OUILLIER, S. SAUNERON, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », Centre d'analyse stratégique, 2012, Note d'analyse 282.

¹⁶⁰ L. PIGNATEL, *op.cit.*, p. 29.

¹⁶¹ Rép. Min., 16 août 2011, JO, 16/08/2011, p. 8878.

1) Les possibilités offertes par les techniques neuroscientifiques

45. La limite de l'évaluation de crédibilité. Les preuves matérielles ne sont pas toujours suffisantes pour éclairer sur la réalité d'une situation infractionnelle. L'évaluation de la crédibilité par des experts psychologues était donc utilisée afin de contourner cette limite. Elle avait pour objectif de déceler si la parole du témoin, de la victime ou du suspect pouvait être considérée comme fiable. Cependant, ces évaluations ont rapidement montré leurs failles en raison « de la fragilité du témoignage humain et de la subjectivité des expertises psychiatriques et psychologiques »¹⁶². Les expertises psychiatriques et psychologiques ont fait l'objet de nombreuses critiques car considérées comme des sciences inexacts et subjectives, ne reposant pas sur des données techniques. On préfère aujourd'hui une objectivité dans la manifestation de la vérité face à « une demande sociétale pour de nouvelles techniques permettant d'analyser avec plus de précision le comportement des personnes impliquées dans un procès, qu'il s'agisse des juges, des accusés ou des jurés »¹⁶³. La recherche scientifique a alors œuvré pour détecter les réactions neuronales du sujet grâce à la détection des émotions et notamment « celles qui sont engendrées par l'évocation de faits liés à un comportement délictueux »¹⁶⁴.

46. La détection du mensonge. Loin du polygraphe ou détecteur de mensonge dont la fiabilité a nettement été remise en cause en France¹⁶⁵, les neurosciences permettent une lecture cérébrale des émotions. Divers procédés existent tels que l'électro-encéphalographie (EEG)¹⁶⁶ ou l'imagerie par résonance magnétique fonctionnelle (IRMf)¹⁶⁷. L'EEG sert à détecter le mensonge chez la personne soupçonnée grâce à l'enregistrement de l'activité électrique du cerveau. « L'avantage de cette technique est qu'elle peut être mise en œuvre de manière très précoce, avant toute tentative de mensonge de la part de l'intéressé, car ne permet pas de détecter le mensonge à proprement parler mais d'identifier si le stimulus est familier à la personne testée »¹⁶⁸. Quant à l'IRM fonctionnelle, elle permet de mesurer l'afflux d'oxygène

¹⁶² C. BYK, « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social ? », RDSS, 2012, p. 800.

¹⁶³ G-M GKOTSI, V. MOULIN, J. GASSER, *op.cit.*, p. 391.

¹⁶⁴ M-C SORDINO, « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience ... ? », AJ pén. 2014, p. 58.

¹⁶⁵ C. PUIGELIER, J. SAINT-ROSE, « *Le mensonge en science et en droit* », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Paris, Dalloz, 2017, p. 136.

¹⁶⁶ L'électro-encéphalographie permet l'enregistrement de l'activité électrique spontanée des neurones du cortex cérébral.

¹⁶⁷ L'imagerie par résonance magnétique fonctionnelle utilise des ondes électromagnétiques afin d'obtenir une image en trois dimensions de l'intérieur du corps.

¹⁶⁸ P. LARRIEU, *Neurosciences et droit pénal, le cerveau dans le prétoire*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 67-68.

sanguin au cerveau pour déceler le mensonge. En effet, ce dernier nécessite un effort cognitif qui entraîne des modifications de l'activité cérébrale¹⁶⁹.

Permettant de déterminer si la personne ment ou non, les neurosciences peuvent éclairer les enquêteurs sur la crédibilité de cette dernière. C'est une avancée considérable pour la recherche probatoire car cela permettrait d'éviter les faux témoignages ainsi que les fausses déclarations d'un suspect. Cependant, toute avancée scientifique n'est pas nécessairement une avancée infaillible et bénéfique pour la personne soupçonnée. L'utilisation des neurosciences n'échappe pas à cette affirmation.

2) Les limites des techniques neuroscientifiques

47. La faillibilité des techniques neuroscientifiques. Malgré les grandes avancées scientifiques en matière de neurosciences, rien ne prouve que ces données soient totalement fiables. En effet, la détection des émotions, de l'anxiété peut varier selon les personnes, à ce jour ces techniques sont loin d'être infaillibles. A titre d'exemple, si une personne mythomane se soumet à un tel examen, le mensonge ne lui demandera pas d'effort cognitif, et son activité cérébrale ne sera pas nécessairement élevée¹⁷⁰. Les connaissances en la matière sont encore trop jeunes pour déterminer avec certitude qu'il existe bien un lien entre une anomalie cérébrale et un comportement infractionnel.

Bien que les savoirs neuroscientifiques offrent « de formidables perspectives pour la compréhension de l'être humain et de son comportement, l'introduction de ces données au sein des procès pénaux soulève différentes questions et réserves : tant d'un point de vue éthique, de la capacité des experts à attester de la présence d'anomalies cérébrales en lien avec les comportements infractionnels, en raison des problèmes techniques divers, du manque de validité de ces connaissances, qui ne reposent pas encore sur des échantillons suffisamment représentatifs, mais aussi, au regard de leur influence sur les acteurs du procès, en particulier sur la perception de la scientificité de ces données par rapport à d'autres types d'examens »¹⁷¹.

¹⁶⁹ P. LARRIEU, *op.cit.*, p. 231.

¹⁷⁰ A. AUBERT, E. COUDRET, *op.cit.*, p. 80.

¹⁷¹ V. MOULIN, J. GASSER, B. TESTE, « La perception par des magistrats français de l'introduction de données neuroscientifiques dans les expertises psychiatriques pénales : effets sur l'évaluation de l'expertise et la situation pénale de la personne expertisée », *Annales Médico-Psychologiques*, 2018, p. 2.

De plus, la réception des neurosciences a pour dangereuse conséquence de remettre en cause les principes du droit pénal. L'idée selon laquelle la personne soupçonnée agit sous l'influence d'un mécanisme inconscient remet en cause l'existence du libre arbitre. Les mécanismes psychiques seraient alors seuls responsables de la commission de l'infraction. Qu'advierait-il de l'intention, de la volonté voire de la responsabilité pénale ?

Par ailleurs, le Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE) est défavorable à l'utilisation de l'IRMf dans le domaine judiciaire, car elle a pour objectif la visualisation de « l'activation de certaines zones du cerveau lors de l'exécution de diverses tâches motrices, sensorielles, cognitives et émotionnelles. Elle permet ainsi une sorte d'intrusion dans l'intimité même du fonctionnement cérébral de la personne. Lors des tâches effectuées, des images sont obtenues dont le risque est d'exercer un pouvoir de fascination et de simplification qui tend à leur conférer une valeur probante bien supérieure à ce qu'elles offrent réellement. C'est le cas de l'utilisation de l'IRMf comme « détecteur de mensonge » pour statuer sur la culpabilité ou pour innocenter une personne. Or l'IRMf ne mesure pas directement l'activité des neurones, mais un signal moyen correspondant aux modifications métaboliques locales complexes (au niveau de l'unité neuro-vasculaire) associées à cette activité. L'image obtenue est donc un reflet indirect, une photographie moyenne de variations métaboliques, avec très peu d'informations sur les échanges rapides conduisant à une action ou à un raisonnement. L'information essentielle que l'on obtient est plutôt binaire, activité ou non d'une zone cérébrale d'intérêt »¹⁷². Ainsi, ce n'est pas parce que le résultat d'une image fait apparaître un comportement que l'image indique la réalité d'un comportement¹⁷³.

48. La difficile utilisation pratique des neurosciences. Jusqu'à présent, même si la possibilité d'utiliser les neurosciences existe en France, il semble qu'aucune affaire pénale ne soit recensée, dans laquelle les enquêteurs ont utilisé ces méthodes. En revanche, la preuve par imagerie cérébrale a déjà investie les cours de justice américaines. En 1992, un homme condamné à la peine capitale pour avoir étranglé son épouse, s'était défendu avec des clichés cérébraux faisant apparaître un kyste. Grâce à cette preuve, la responsabilité pénale de l'accusé avait été atténuée¹⁷⁴. De la même manière, en 2005, la Cour suprême se fondait sur la preuve

¹⁷² CCNE, Avis n° 129 relatif à la révision de la loi bioéthique, 18 septembre 2008, p. 88.

¹⁷³ CCNE, Avis n° 116 relatif aux enjeux éthiques de la neuroimagerie fonctionnelle, p. 9.

¹⁷⁴ P. LARRIEU, *op.cit.*, p. 231.

neuroscientifique pour infirmer la peine capitale d'un mineur. Cette preuve démontrait que le mineur n'avait pas la même maturité émotionnelle et intellectuelle qu'un adulte¹⁷⁵.

Les neurosciences ont également été utilisées en Inde en 2008 pour justifier la condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité d'une femme soupçonnée d'avoir empoisonné son petit ami¹⁷⁶. L'imagerie cérébrale avait révélé qu'à l'écoute du mot « cyanure », son cerveau n'avait pas de réaction, comme s'il s'agissait pour elle d'un mot familier. Il n'est pas certain qu'en procédure pénale de telles techniques soient un jour utilisées au regard du budget alloué à la Justice¹⁷⁷. L'utilisation des neurosciences dans le cadre probatoire aurait un coût financier conséquent.

Par ailleurs, les techniques neuroscientifiques n'étant que très sommairement encadrées par le législateur, elles risquent, comme les atteintes à l'intégrité physique, de favoriser des entorses aux principes fondamentaux, de bafouer des principes directeurs de la procédure pénale.

Section 2 : Les entorses aux principes directeurs de la procédure pénale

49. La consécration des principes directeurs de la procédure pénale. Depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, des principes directeurs figurent dans le Code de procédure pénale. Ces principes ont différentes sources : des sources supralégislatives, internationales, conventionnelles et constitutionnelles¹⁷⁸. Il s'agit de principes à portée universelle. Parmi ces garanties, on retrouve tout d'abord le droit à l'intervention d'un membre de l'autorité judiciaire. Ensuite, viennent les garanties procédurales qui doivent être respectées devant un tribunal. Il s'agit de la publicité, de la célérité mais aussi de l'équité. Plus globalement, c'est la question des droits de la défense qui est intéressante lorsqu'on parle de médicalisation de la preuve pénale. En effet, l'exploitation du corps lors de l'administration de la preuve engendre des atteintes aux droits de la défense (I), mais aussi des atteintes aux garanties entourant la preuve (II).

¹⁷⁵ P. LARRIEU, *op.cit.*, p. 231.

¹⁷⁶ M-C SORDINO, *op.cit.*, p. 58.

¹⁷⁷ P. LARRIEU, *op.cit.*, p. 75.

¹⁷⁸ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op.cit.*, p. 301.

I. Les atteintes aux droits de la défense

50. La notion de droits de la défense. Le législateur ne donne pas de définition générale des droits de la défense. Il « empile des prérogatives en faveur de la défense, que l'on appelle couramment droits de la défense »¹⁷⁹. Dans le *Vocabulaire juridique Capitant*, ils sont définis comme « l'ensemble des prérogatives qui garantissent à la personne suspectée ou poursuivie la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans la procédure pénale et dont la violation constitue, à certaines conditions une cause de nullité de la procédure »¹⁸⁰.

Parmi les droits de la défense, le droit de ne pas participer à sa propre incrimination bénéficie d'une protection insuffisante face à la médicalisation de l'administration de la preuve (A). La personne soupçonnée jouit également d'un droit de se taire, corollaire du droit de ne pas participer à sa propre incrimination qui semble aussi subir des atteintes (B).

A. La protection insuffisante du droit de ne pas participer à sa propre incrimination

51. L'attachement relatif au droit de ne pas participer à sa propre incrimination. Le droit de ne pas participer à sa propre incrimination répond avant tout aux exigences liées à la charge de la preuve. Absent initialement de la procédure pénale française, ce droit a connu une consécration européenne (1), ce qui n'a pas empêché sa violation manifeste (2).

1) La consécration européenne du droit de ne pas participer à sa propre incrimination

52. Les contours du droit de ne pas participer à sa propre incrimination. Le droit de ne pas participer à sa propre incrimination ressort des articles 3 et 6 (paragraphe 2 et 3) de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon l'article 3, « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Le paragraphe 2 de l'article 6 dispose « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Le paragraphe 3 quant à lui, énumère les droits de tout accusé comme celui d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense ou encore celui d'interroger ou de

¹⁷⁹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^{ème} éd., Paris, Cujas, 2017, p. 75.

¹⁸⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique Capitant*, 11^{ème} éd, Paris, 2016, voir « défense ».

faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

53. Les sources du droit de ne pas participer à sa propre incrimination. Le droit de ne pas participer à sa propre incrimination trouve sa source dans le droit au procès équitable et dans le principe de la présomption d'innocence¹⁸¹. Ce droit a été pour la première fois énoncé dans l'affaire *Funke c/ France*¹⁸². En l'espèce, Monsieur Funke de nationalité allemande, exerçait la profession de représentant du commerce et avait élu domicile en France. A la suite d'une visite domiciliaire d'agents de la douane et d'un officier de police judiciaire, des documents relatifs à l'existence d'avoirs à l'étranger furent retrouvés. Monsieur Funke s'était engagé à fournir aux enquêteurs des relevés de banques étrangères mais il se ravisa et était alors poursuivi pour non communication de documents en application de l'article 413 bis du Code des douanes. Le droit de communication étant « un des piliers du droit douanier [...] et l'on ne concevait pas que l'Administration des douanes en soit privée à moins de vouloir la paralyser dans son action tant il est vrai qu'en cette matière la fraude est particulièrement fugace et difficile à appréhender »¹⁸³. Il fut condamné par le Tribunal de police de Strasbourg pour cette infraction. Le requérant faisait valoir qu'en le contraignant à donner des documents sous la menace d'une sanction pénale, les douanes se déchargeaient de la preuve qui revient normalement à l'accusation.

La Cour européenne fait remarquer dans cette affaire que « la charge de la preuve qui est commandée par le principe de la présomption d'innocence l'est aussi par le respect des droits de la défense qui consacrent le droit de ne pas témoigner contre soi-même »¹⁸⁴. Dans cette affaire, la France fut condamnée car les douanes avaient provoqué la condamnation de Monsieur Funke pour obtenir de lui certaines pièces dont elles supposaient seulement l'existence. Le requérant était contraint de fournir lui-même les preuves de l'infraction qu'on lui reprochait.

¹⁸¹ R. KOERING-JOULING, « Droit de se taire et de ne pas s'incriminer soi-même », RSC 1997, p. 476.

¹⁸² CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, D. 1993. 457, obs. Pannier ; D. 1993. Somm. 387, obs. Renucci ; JCP 1993. II. 22073, note Garnon. – Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP 1994. I. 3742, n°13. – D. Virriot-Barrial, « La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme », RSC 1994, p. 537.

¹⁸³ J. PANNIER, « La condamnation d'une personne pour refus de communication de documents en matière de réglementation des changes est-elle conforme à la Convention européenne des droits de l'homme ? », D. 1993, p. 457.

¹⁸⁴ D. VIRIOT-BARRIAL, « La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme », RSC 1994, p. 537.

54. La portée du droit de ne pas participer à sa propre incrimination. Par la suite, la portée du droit de ne pas participer à sa propre incrimination fut délimitée par l'arrêt *Murray c/ Royaume Uni*¹⁸⁵. Dans cette affaire un individu était suspecté d'activités terroristes en Irlande du Nord. Il fut arrêté et interrogé sans la présence d'un avocat. Monsieur Murray décida de ne répondre à aucune question posée par les enquêteurs. Lors de son procès il décida de ne citer aucun témoin à décharge. Il fut reconnu coupable de complicité de séquestration de personne car son silence total avait engendré des conclusions lui étant défavorables. Monsieur Murray soutenait alors qu'il y avait eu un non-respect de son droit à garder le silence dans la mesure où c'était ce silence qui avait établi sa culpabilité.

Contrairement à l'affaire *Funke*, le silence de la personne poursuivie ne constituait pas une infraction, la Cour concluait donc que « eu égard au poids des preuves à charge contre le requérant [...] les conclusions tirées de son refus, lors de son arrestation, pendant l'interrogatoire de police et au procès, de donner une explication à sa présence dans la maison étaient dictées par le bon sens et ne sauraient passer pour iniques ou déraisonnables en l'espèce [...] Dans ce contexte on ne peut pas davantage déclarer qu'avoir tiré des conclusions raisonnables du comportement du requérant a eu pour effet de déplacer la charge de la preuve de l'accusation sur la défense, en contravention au principe de la présomption d'innocence ».

La Cour européenne a également eu l'occasion de rappeler l'importance de ce droit, dans l'affaire *Saunders*¹⁸⁶. Il s'agissait dans les faits de soupçons de fraudes diverses. Le requérant fut condamné à cinq ans d'emprisonnement mais il invoqua son droit de ne pas s'auto-incriminer car il estimait avoir été contraint à faire des déclarations sous la menace d'un emprisonnement.

Dans son arrêt de condamnation, la Cour rappelle que « compte tenu de la notion d'équité consacrée par l'article 6, le droit pour l'accusé de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne saurait raisonnablement se limiter aux aveux de méfaits ou aux remarques le mettant directement en cause... ». Que seule « l'utilisation... faite au cours du procès pénal... des dépositions recueillies sous la contrainte... importe dans ce contexte ». Par conséquent, « les éléments du dossier étayant la thèse que les procès-verbaux des réponses du requérant, qu'elles le mettent ou non directement en cause, furent utilisés au cours de la procédure d'une manière

¹⁸⁵ CEDH, 8 février 1996, *Murray c/ Royaume-Uni* ; AJDA 1996. 1005, obs. J-F Flauss ; AJDA 1997. 977, obs. J-F Flauss ; RSC 1997. 476, obs. R. Koering-Joulin ; RSC 1997. 481, obs. R. Koering-Joulin.

¹⁸⁶ CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni* ; JCP 1997. I. 4000, n° 18, obs. F. Sudre ; RSC 1997. 478, obs. R. Koering-Joulin ; AJDA 1997. 979, obs. J-F Flauss.

qui tendait à l'incriminer ». Dans cette affaire, la Cour concluait que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination s'applique aux procédures pénales concernant tous les types d'infractions¹⁸⁷.

De plus, il découle du droit de ne pas participer à sa propre incrimination que la personne soupçonnée a également le droit d'y renoncer¹⁸⁸. Par ailleurs, il n'est pas seulement un droit procédural mais aussi un rempart contre les violences policières¹⁸⁹. Il exclut alors la contrainte et les pressions de la part des autorités afin de protéger la personne soupçonnée.

Enfin, la Cour européenne a une conception large de ce droit car elle l'étend à la protection de l'intégrité physique et psychique de la personne soupçonnée. En effet, « le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination inclut le droit de ne pas se soumettre à des interventions constitutives d'atteintes graves à l'intégrité physique et/ou psychique effectuées pour recueillir, dans une procédure pénale, des éléments de preuve »¹⁹⁰. Cette acception large est intéressante, car en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne, le droit de ne pas participer à sa propre incrimination vise à protéger l'intégrité physique mais aussi l'intégrité psychique. Une violation de ce droit constituerait alors une atteinte au droit de la personne de bénéficier des droits de la défense.

2) La violation manifeste du droit de ne pas participer à sa propre incrimination

55. Les règles encadrant la charge de la preuve. En procédure pénale, la charge de la preuve n'incombe pas à la personne soupçonnée. Elle n'est pas tenue de collaborer avec les autorités afin de prouver sa culpabilité ou d'établir son innocence¹⁹¹. En effet, la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante. Autrement dit, reviendra au parquet d'apporter des éléments de preuve.

Le principe d'inviolabilité du corps humain est remis en cause dans la recherche probatoire. Cette remise en cause a une incidence directe sur le droit de ne pas s'auto-incriminer. L'atteinte à l'intégrité physique de la personne engendre un non-respect du droit de ne pas participer à sa propre incrimination. Le corps de la personne fournit des constatations matérielles aux

¹⁸⁷ R. KOERING-JOULIN, *op.cit.*, p. 476.

¹⁸⁸ CEDH, 27 février 1980, *Deweert c/ Belgique*.

¹⁸⁹ CEDH, 3 juin 2000, *Jalloh c/ Allemagne* ; CEDH, 17 octobre 2006, *Göçmen c/ Turquie*.

¹⁹⁰ D. ROETS, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pén.* 2008, p. 119.

¹⁹¹ E. GARAUD, *Bien utiliser les articles 6 et 7 de la CEDH devant les tribunaux, Droit au procès équitable et principe de légalité*, Paris, Francis Lefebvre, 2016, p. 96.

enquêteurs utiles à l'enquête pénale, prouvant ainsi l'existence d'une infraction pénale qui permettra ou non de l'incriminer.

De plus, les possibilités offertes d'identifier la personne avec l'ADN ont la même conséquence, car c'est la personne soupçonnée ou les produits détachés de son corps qui permettront son identification. Le corps et ses produits détachés servent à incriminer l'individu. C'est donc bien l'individu lui-même qui sert son auto-incrimination car il forme un tout avec son corps et ses éléments.

Bien que la charge de la preuve n'incombe en théorie pas à la personne soupçonnée, il y a une implication et non des moindres de son corps dans la recherche probatoire. Cette dernière engendre une violation du droit de ne pas participer à sa propre incrimination puisque le corps participe de manière active à la recherche de la vérité, l'individu collabore immanquablement à sa propre incrimination. Ce droit subit une violation par la participation physique à l'apport de la preuve de l'infraction pénale. On pourrait penser que le consentement de la personne fait barrage à l'atteinte. Néanmoins le consentement donné à l'investigation est contraint¹⁹².

L'entrée controversée des neurosciences en droit pénal témoigne de l'apparition d'une atteinte à l'intégrité psychique. Cette atteinte démontre que la violation du droit de ne pas participer à sa propre incrimination ne se matérialise pas seulement par une participation physique de la personne soupçonnée. L'individu participe donc doublement à sa propre incrimination. Il y a alors une atteinte indéniable au droit au procès équitable car le droit de ne pas s'auto-incriminer est inclus dans la notion de procès équitable¹⁹³. Cependant, ce n'est pas le seul droit à souffrir d'atteinte. Il en est de même pour l'un de ses corollaires, le droit de se taire.

B. La protection insuffisante du droit de se taire

56. La mutation du droit de se taire. Le droit de se taire permet de ne pas répondre aux questions qui sont posées par les enquêteurs ou le juge. Il offre la possibilité de se prémunir contre des aveux alors même qu'en droit pénal il y a un certain attachement à la culture de l'aveu (1). Avec le phénomène de médicalisation, une nouvelle forme d'aveu voit le jour et donc le droit de se taire perd de sa substance, donnant naissance à un aveu corporel (2).

¹⁹² Cf *infra* n° 80 et s.

¹⁹³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op.cit.*, p. 406.

1) La culture de l'aveu

57. Le droit de se taire en procédure pénale. Le droit de se taire est un corollaire du droit de ne pas participer à sa propre incrimination. En théorie, la défense la plus efficace est celle par l'action¹⁹⁴. Néanmoins, la personne soupçonnée peut opter pour une défense par l'omission car elle bénéficie également d'un droit de se taire. Initialement, cette règle découle du Pacte international relatif aux droits civils et politiques entré en vigueur le 23 mars 1976¹⁹⁵. La Cour européenne reconnaît d'ailleurs ce droit¹⁹⁶ comme une protection contre la coercition abusive des autorités¹⁹⁷. De plus, le législateur français garantit ce droit à la personne gardée à vue¹⁹⁸ et lors de l'instruction préparatoire¹⁹⁹. Cette règle a vocation à s'appliquer « pendant toute la durée du processus pénal, de la phase préparatoire à la phase décisive »²⁰⁰. Le droit de se taire doit être notifié à la personne au début de la garde à vue, et la personne soupçonnée est libre d'en faire l'usage qu'elle veut²⁰¹. Cependant, il semble qu'il y ait une atteinte à ce droit en raison de la préférence pour la reine des preuves, l'aveu.

58. La reine des preuves. L'aveu a longtemps été considéré comme la reine des preuves en procédure pénale²⁰². Historiquement, l'aveu pouvait être récolté par la torture ou grâce à la question préparatoire²⁰³. Il se définit comme la reconnaissance de la commission d'une infraction par une personne. C'est « un acte verbal par lequel le sujet, dans une affirmation sur ce qu'il est, se lie à cette vérité, se place dans un rapport de dépendance à l'égard d'autrui et modifie, en même temps, le rapport qu'il a à lui-même »²⁰⁴. Cependant, il a plusieurs fois montré ses failles²⁰⁵. Dans un système de liberté de la preuve, l'aveu est censé être un mode de

¹⁹⁴ F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, Paris, mare & marin, coll. Droit privé & sciences criminelles, 2016, p. 173.

¹⁹⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14 g, « Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ».

¹⁹⁶ CEDH, 25 février 1993, *Funke c/ France* ; CEDH, 8 février 1996, *Murray c/ Royaume-Uni*.

¹⁹⁷ CEDH, 1996, *Murray c/ Royaume-Uni*.

¹⁹⁸ Art. 63-1, Code de proc. pén., « La personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs ».

¹⁹⁹ Art. 116, al. 4 et 5, Code de proc. pén., « Le juge d'instruction doit prévenir la personne qu'elle a le droit de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ».

²⁰⁰ F. FOURNIE, « Faut-il garder le silence ? », D. 2010, p. 1850.

²⁰¹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, p. 1727.

²⁰² G. CASADAMONT, « Aux assises : l'impasse d'aveu », RSC 2013, p. 691.

²⁰³ Le recours à la question préparatoire avait lieu lorsque les autres preuves ne suffisaient pas à asseoir la condamnation de l'accusé. Elle servait à recueillir les aveux de l'accusé, qui devaient être confirmés et renouvelés.

²⁰⁴ J. FRANCOIS, « Aveu, vérité, justice et subjectivité. Autour d'un enseignement de M. Foucault », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1981, p. 182.

²⁰⁵ J. DANET, « Le nouvel alinéa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJ pén.* 2011, p. 331 ; Voir aussi E. ALLAIN, « La reine des preuves », *AJ pén.* 2015, p. 57, il a été démontré aux Etats-Unis que « sur 250 personnes condamnées pour des crimes graves puis innocentées

preuve parmi d'autres, il n'a donc que la valeur d'un indice. Comme tout élément de preuve, il est laissé à la libre appréciation du juge pénal²⁰⁶. La loi reconnaît le droit de ne pas avouer par le biais du droit de garder le silence. Malgré cette restriction légale, l'aveu demeure toujours en pratique la reine des preuves. En effet, « l'aveu reste considéré comme un rempart contre l'erreur judiciaire et est souvent une tentation pour l'enquêteur, le ministère public et le juge, comme il peut être une stratégie pour la défense »²⁰⁷.

Même si l'aveu demeure une preuve importante en procédure pénale, certaines règles l'encadrent, il doit notamment être libre et spontané²⁰⁸. Cela sous-entend qu'il ne peut pas être donné sous la contrainte. Si tel était le cas, les aveux ne pourraient servir à fonder la culpabilité d'un individu²⁰⁹. Il a été démontré que les aveux donnés sous la contrainte étaient la plupart du temps des faux aveux car ils étaient « liés au contexte dans lequel se déroulent les interrogatoires de police, aux pressions psychologiques et aux ruses, tactiques des enquêteurs »²¹⁰. C'est par exemple le cas des aveux donnés sous la technique paramédicale d'hypnose qui avaient été refusés par la Cour de cassation²¹¹. Lorsqu'il est fait référence à des aveux donnés sous la contrainte, il peut s'agir d'une contrainte physique comme d'une contrainte psychique. Il faut donc se demander si les investigations menées sur le corps de la personne soupçonnée ne seraient pas une nouvelle forme d'aveu bien particulière. En effet, lorsqu'on parle d'aveu, on entend l'aveu donné oralement et ce dernier ne peut pas être forcé en raison du droit de garder le silence. Cependant, il semble possible de retenir une autre forme d'aveu que l'aveu oral.

grâce au progrès des recherches sur l'ADN, 40 avaient avoué les faits. Des exemples similaires existent en France également ».

²⁰⁶ Art. 428, Code de proc. pén., « *L'aveu, comme tout élément de preuve est laissé à la libre appréciation du juge* ».

²⁰⁷ C. BARRET, « L'aveu, reine des preuves ? L'aveu dans la procédure pénale », *Annales Médico-psychologiques* 171, 2013, p. 464.

²⁰⁸ F. DESPREZ, « Le droit de ne pas s'auto-incriminer, entre nécessité de garanties entourant l'aveu et impératifs liés à l'efficacité judiciaire », in *Politiques criminelles, Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 569.

²⁰⁹ CEDH, 8 décembre 2009, *Savas c/ Turquie*.

²¹⁰ P. LE BIHAN, M. BENEZECH, « Psychologie des aveux : données classiques et contemporaines », *Annales Médico-psychologiques* 171, 2013, p. 468.

²¹¹ Crim., 12 déc. 2000 n° 00-83.852, D. 20001, p. 1340.

2) La naissance d'un aveu corporel

59. La parole du corps. Les investigations menées sur le corps de la personne peuvent être entreprises sans son consentement ou en le contraignant²¹². L'acceptation de la personne soupçonnée de se soumettre à des investigations corporelles n'est plus libre et éclairée. Ces investigations contraintes peuvent révéler des éléments à charge contre elle-même. En effet, le corps de la personne va révéler des informations pouvant être déterminantes pour les suites d'une affaire. La personne n'avoue plus oralement avoir un lien ou non avec une infraction pénale. Le corps va alors « parler » à sa place. Un constat peut être fait, la médicalisation de la preuve pénale a donné naissance à un aveu corporel²¹³. Parce que le corps de la personne révèle des indices, constatations matérielles ou psychiques, un aveu corporel voit le jour. A titre d'exemple, les prélèvements génétiques effectués sur le corps de la personne peuvent révéler la présence de l'ADN de la victime. L'aveu corporel peut être extorqué en raison de la contrainte que subit l'individu pour se soumettre à des investigations sur son corps.

Il s'agit d'un tout autre type d'aveu qui n'est pas reconnu par le législateur. La préservation de l'intérêt général semble justifier des atteintes au droit au procès équitable. Le droit de garder le silence se trouve indirectement atteint car la personne soupçonnée est dans une situation l'obligeant à laisser son corps parler.

Le droit de ne pas participer à sa propre incrimination et son corolaire le droit de se taire sont aujourd'hui atteints, ainsi que le droit au procès équitable. D'une part, les atteintes aux droits de la défense sont bien réelles en raison de l'influence grandissante des sciences médicales et, d'autre part, la médicalisation du droit pénal engendre également des atteintes aux garanties qui entourent la preuve.

²¹² Il existe un mécanisme de contrainte indirecte lorsque la personne soupçonnée refuse de se soumettre à des investigations sur sa personne. En effet, lorsque cette dernière refuse, elle risque une sanction pénale. De plus, il existe une contrainte directe car pour certaines infractions les enquêteurs n'ont pas besoin de recueillir le consentement de la personne pour effectuer des investigations sur sa personne. Cette violation du consentement de la personne soupçonnée sera abordée dans la section 2 de ce chapitre.

²¹³ M. MARX, *La preuve par le corps humain*, Thèse, Poitiers, 1997, n° 336.

II. Les atteintes aux garanties entourant la preuve

60. Le nécessaire encadrement de la preuve pénale. Dans la mesure où elle peut porter atteinte à l'intégrité de la personne, la preuve pénale est entourée de garanties. En effet, l'administration de la preuve doit respecter un certain nombre de principes et de règles. Pour la plupart, ces garanties sont l'œuvre de la doctrine car le Code de procédure pénale ne leur consacre que quelques articles. Selon la doctrine, les garanties encadrant la preuve s'articulent autour de deux questions, à savoir la charge de la preuve et les moyens de preuve.

En ce qui concerne les modes de preuve, la liberté dans la production de la preuve est l'un des principes gouvernant la matière. La liberté dans la production de la preuve recouvre la liberté dans l'admissibilité des preuves et la justification de la preuve. La justification de la preuve intéresse le principe d'intime conviction et la médicalisation du système probatoire engendre une remise en cause de cette intime conviction (A). Relativement à la charge de la preuve, elle incombe à la partie poursuivante, ce qui fait référence au principe de la présomption d'innocence. Or, la médicalisation du droit pénal a pour conséquence une remise en cause de cette présomption d'innocence (B).

A. La remise en cause de l'intime conviction

61. La justification de la preuve. Selon le *Vocabulaire juridique Capitant*, la justification de la preuve consiste « dans le fait pour un juge de fonder sa décision en fait et en droit, en la motivant suffisamment pour lui donner une base légale ». Dès lors, le juge pénal doit motiver sa décision, ce qui passe par l'appréciation des preuves. Cette appréciation se fait en fonction de l'intime conviction du juge criminel (1). Néanmoins, la médicalisation de la preuve a pour conséquence un amoindrissement de la liberté du juge (2).

1) **L'intime conviction du juge criminel**

62. Les contours de l'intime conviction. L'intime conviction a été introduite le 18 janvier 1791 par l'Assemblée Constituante avec l'adoption de la loi consacrant la justice populaire, l'instruction orale et le système de l'intime conviction. L'article 342 de l'instruction criminelle faisait apparaître cette notion d'intime conviction, rédaction qui a été reprise à l'article 353 du Code de procédure pénale qui dispose « Avant que la cour d'assises se retire, le président donne

lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères, dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations : « Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : « Avez-vous une intime conviction ? » ». Textuellement, l'intime conviction ne concerne donc que le juge en Cour d'assises dans la mesure où en plus de ses dispositions, l'article 353 trouve sa place dans un Titre du Code de procédure pénale qui s'intitule « De la cour d'assises ».

63. La différence entre conviction et intime conviction. La conviction est « la certitude raisonnée que l'on a de la vérité d'un fait. Fruit d'une analyse des points essentiels du dossier alimentée par les débats lors de la délibération, elle constitue une expérience d'apprentissage de l'objectivité »²¹⁴. L'intime correspond « à la profondeur du sujet qui ressent, pense, suppose, discute, imagine et réfléchit. Il y a là à la fois dans cette expérience un attachement à soi, une familiarité, la confiance et la défiance en ses sentiments et raisonnements, le surgissement de son histoire personnelle et le secret »²¹⁵.

64. La définition de l'intime conviction. L'intime conviction suppose la réunion de plusieurs conditions. Tout d'abord, il faut une possibilité ou une potentialité de rapporter la preuve par tout moyen, ce qui fait référence au principe de liberté de la preuve gouvernant le système probatoire français²¹⁶.

Ensuite, le principe du contradictoire est fondamental afin de garantir l'intime conviction car toutes les preuves doivent être discutées contradictoirement. De plus, l'impartialité du juge doit être garantie. L'intime conviction nécessite une autonomie des consciences c'est-à-dire une liberté. Enfin, une raison ouverte afin d'éviter l'imposition arbitraire du rationalisme²¹⁷.

²¹⁴ J. LOISEAU, P. LACOSTE, M. BENEZECH, « L'intime et la conviction ? », *Annales Médico-Psychologiques* 170, 2012, p. 132.

²¹⁵ M. DE BOUCAUD, « L'intime conviction et les formes de croyance : de l'expérience au regard philosophique », *Annales Médico-Psychologiques* 173, 2015, p. 595.

²¹⁶ Art. 427, Code de proc. pén., « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ».

²¹⁷ C. TOURNIER, *L'intime conviction du juge*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2003, p. 86.

« L'intime conviction du juge, recherche au plus profond de soi la vérité, est ainsi cette opinion personnelle, cette connaissance intuitive éclairée qui s'est faite au terme de son appréciation souveraine des faits. Il s'agit d'une évidence qui résulte théoriquement de l'examen contradictoire des preuves et de leur concordance, sans haine ni partialité, sans écouter son intérêt ou sa crainte : certitude morale d'une culpabilité établie, ou doute raisonnable et sérieux qui doit normalement conduire à la relaxe ou l'acquittement ». ²¹⁸

Bien que l'intime conviction constitue un idéal pour garantir à l'accusé un système lui fournissant les meilleures garanties possibles et la solution la plus juste, il n'en demeure pas moins qu'elle est faillible car on ne peut ignorer « la prépondérance de l'émotionnel, du subjectif, des processus inconscients dans le jugement judiciaire ou clinique des personnes concernées » ²¹⁹. L'intime conviction est donc une certitude morale qui a pour but la recherche de la culpabilité ou de l'innocence d'un individu. Elle devrait normalement être incompatible avec toute forme de doute dans l'esprit du juge. Cependant, « le doute ne peut pas être totalement exclu, de sorte que l'intime conviction est un moyen de surmonter le doute, ce qui permet au juge de prendre sa décision » ²²⁰. En présence d'un jugement pouvant faire preuve de subjectivité et faillible, l'objectivité des preuves dites scientifiques semblerait pallier la place laissée au doute et à la partialité.

2) L'amointrissement de la liberté du juge

65. La liberté d'appréciation des preuves. En théorie, le juge criminel est libre d'apprécier les preuves selon son intime conviction, c'est le principe d'appréciation souveraine des preuves par ce dernier. Néanmoins, cette liberté s'amointrirait face à la particularité des preuves scientifiques (*a*), ce qui entraîne une nouvelle vision de l'intime conviction (*b*).

²¹⁸ M. BENEZECH, « Evaluation, jugement, vérité et intime conviction », *Annales Médico-Psychologiques* 170, 2012, p. 140.

²¹⁹ M. BENEZECH, « Intime conviction : conclusions », *Annales Médico-Psychologiques* 173, 2015, p. 636.

²²⁰ M-C GUERIN, « Intime conviction et doute. Au-delà d'une antinomie apparente ... Ce que révèle leur étude comparée », *Annales Médico-Psychologiques* 173, 2015, p. 610.

a) La particularité des preuves scientifiques

66. La nécessité de recourir aux preuves scientifiques. En raison du caractère subjectif de l'intime conviction, de la crainte d'une certaine partialité du juge et de la technicité que demande la preuve des infractions pénales, la justice est à la recherche de procédés susceptibles de multiplier les garanties de fiabilité des preuves²²¹. Selon le Doyen Nerson, le droit doit tenir compte des progrès de la science car « étant aujourd'hui intimement liée au destin des sociétés humaines, nul homme sensé ne peut songer à la déprécier. Elle est, selon l'expression de Montaigne, un outil de merveilleux service »²²². Le juge doit prendre en compte le progrès scientifique car « dans le domaine spécifique de la justice, il concourt à l'amélioration des méthodes de travail et facilite la résolution de certaines affaires. Diverses découvertes ont, par exemple, rendu la preuve plus sûre tant en matière civile qu'en matière pénale et permis la régression de l'erreur comme de l'impunité »²²³. D'autant que les données scientifiques ont pour particularité d'évoluer beaucoup plus vite que le droit. Grâce à l'apport de la science, le juge pénal sort d'une justice préconisée par le Doyen Ripert, celle indifférente aux acquis de la connaissance²²⁴. En présence d'incriminations de plus en plus complexes le juge peut se référer aux données de la science. Par conséquent, pour répondre à un droit pénal de plus en plus technique, le juge fait appel aux progrès scientifiques pour tenter d'apporter la preuve d'une infraction. Depuis l'arrêt *Mercier*²²⁵, relatif à la responsabilité médicale, la Cour de cassation fait d'ailleurs référence aux données acquises de la science.

Théoriquement, le juge n'est tenu par aucune preuve, il reste libre d'écarter une preuve scientifique. Néanmoins, le législateur ne lui laisse pas toujours le choix quant à la nature des preuves qu'il doit prendre en considération dans sa décision. Donc, la liberté du juge dans l'appréciation des preuves est à nuancer.

67. Les prévisions légales de recours aux preuves scientifiques. Tout d'abord, l'article 122-1 du Code pénal relatif à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental dispose « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un

²²¹ M. BENEZECH, « L'intime conviction dans le procès pénal : approche médico-psychologique », *Annales Médico-Psychologiques* 173, 2015, p. 590.

²²² R. NERSON, « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit de la famille », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 431.

²²³ J. SAINTE-ROSE, « Le juge face à la science », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 346.

²²⁴ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 31.

²²⁵ Civ. 20 mai 1936, DP 1936. 1. 88, rapp. Jossierand et concl. Matter ; RTD civ. 1936. 691, obs. Demogue ; GAJC, 12^e éd., 2008, n° 162-163.

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 ». La lettre de cet article vient quelque peu lier le juge quant à la preuve du trouble. En effet, le juge n'aura pas d'autre choix que de faire appel aux données de la science pour prouver l'existence ou l'absence du trouble psychique ou neuropsychique. On comprend bien que la psychiatrie ou les neurosciences sont des domaines spécifiques qui échappent au champ de connaissance du juriste. Par conséquent, le savoir d'un médecin est indispensable pour rapporter l'existence du trouble psychique ou neuropsychique. De facto, même s'il conserve sa libre appréciation, la pratique montre que le juge suit le plus souvent l'expert.

De même, en cas de présence de traces ADN sur les lieux d'un crime ou d'un délit, le juge pourra avoir la tentation de donner plus d'importance aux conclusions du scientifique car cette science demande des connaissances particulières qui lui échappent.

Enfin, en cas de conduite sous imprégnation alcoolique, la loi a fixé un seuil d'imprégnation autorisé en se référant aux données de la science. Ces données ont permis de déterminer quel taux d'alcoolémie au volant représentait un danger. De cette façon, « la vérité scientifique posant le seuil accidentogène de ce taux devient une contrainte imposée au juge par le truchement de la norme qui le prive de toute faculté d'interprétation »²²⁶. Dans ce cas, il y a une vraie contrainte pour le juge de suivre les données scientifiques.

Il y a une certaine « tentation scientifique » du législateur qui incite le juge à se conformer aux données de la science pour rendre la justice, entraînant un certain amoindrissement de la liberté du juge dans son interprétation et son appréciation des preuves qui lui sont soumises. Une telle situation donne ainsi naissance à une nouvelle vision de l'intime conviction.

b) La nouvelle vision de l'intime conviction

68. La perte de liberté d'appréciation. L'intime conviction est le résultat d'une adhésion à une vérité probatoire car le juge a besoin de la preuve avant de trancher²²⁷. La preuve est donc « un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain »²²⁸. Dans la recherche

²²⁶ J. SAINTE-ROSE, *op.cit.*, p. 351.

²²⁷ C. TOURNIER, *op.cit.*, p. 94.

²²⁸ H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire*, Paris, M. Rivière, coll. Petite bibliographie sociologique internationale, 1964, p. 22.

probatoire, il faudrait une association entre l'intime conviction et les progrès de la science sans que le juge ne tombe dans une certaine fascination pour ces derniers.

Cependant, la preuve scientifique jouit d'une certaine attractivité car elle est rassurante et objective. La recherche de ces preuves est fondée sur des méthodes rationnelles et sur des compétences scientifiques. Cette preuve permet d'emporter une conviction qui s'apparenterait à une intime conviction de raison. Le juge doit analyser avec prudence la preuve scientifique qui n'est pas dénuée de toute erreur. Ces preuves devraient théoriquement rester des indices comme les autres s'intégrant dans la réflexion de la preuve mais elles ne sont pas des indices comme les autres car leur appréhension n'est possible que par le chercheur scientifique²²⁹. Le risque de partialité et la crainte de l'arbitraire du juge ne font alors que se déplacer. Désormais voit le jour un risque de partialité du scientifique. Le législateur doit rester vigilant à ce qu'il n'y ait pas de déplacement du rôle du juge vers celui de l'expert. On remarque une certaine tentation scientiste du législateur qui préfère la preuve rationnelle et objective qui emportera la conviction du juge. L'intime conviction classique basée sur l'adhésion morale, semble laisser place à une intime conviction de raison où seul le chercheur scientifique a la capacité d'évaluer le résultat de la preuve. Par conséquent, en théorie il devrait y avoir une liberté du juge face aux données de la science mais en pratique, ces preuves ont une très forte influence qui représente un risque, celui de remettre en cause la présomption d'innocence.

B. La remise en cause de la présomption d'innocence

69. Le déclin de la présomption d'innocence. L'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 énonce le principe selon lequel « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne sera pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». Ce principe figure également dans le préambule des Constitutions de 1946 et 1958 et a donc valeur constitutionnelle. Par ailleurs, l'article 11 de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme le consacre aussi²³⁰. Enfin, le législateur pénal l'a également repris dans le Code de procédure

²²⁹ C. TOURNIER, *ibid.*, p. 126.

²³⁰ Art. 11, DUDH, « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées ».

pénale²³¹. Plus généralement, « la présomption d'innocence peut être considérée comme le principe fondateur des règles de procédure pénale, le creuset dans lequel elles ont été fabriquées. Elle est pourtant souvent réduite à une règle de preuve ayant pour principal effet de faire peser sur l'accusation la charge de démontrer la culpabilité de la personne poursuivie »²³². Cependant, bien qu'il soit défendu ardemment depuis la Révolution française, ce principe subit un déclin. En effet, la force probante des procédés utilisés le remet en cause (1), en créant une présomption de culpabilité (2).

1) La force probante des procédés utilisés

70. La fonction de la présomption d'innocence. *In dubio pro reo*²³³. Cet adage est un corollaire de la présomption d'innocence²³⁴ car en cas de doute sur la culpabilité d'une personne, cette dernière sera considérée comme innocente. La présomption d'innocence est « d'abord une règle de preuve »²³⁵. Elle a une double fonction, à savoir permettre la protection de la personne soupçonnée contre l'arbitraire et garantir un équilibre dans le rapport de force mais aussi stimuler la recherche de la vérité judiciaire exacte²³⁶. Cependant, l'influence grandissante de la médicalisation de la preuve permet-elle de garantir cette double fonction ? La force probante est la capacité de l'élément probatoire « à emporter la conviction du juge, une fois produit à l'instance »²³⁷.

71. L'influence certaine des preuves médicales. Fondée sur une donnée scientifique, la preuve médicale est matériellement fiable et intellectuellement rassurante. Les données médicales mettent au service des enquêteurs des outils probatoires extrêmement performants et diversifiés. Ce qui est médicalement prouvé bénéficie sans nul doute d'une force probante plus importante que tout autre type de preuve. En effet, ce qui est scientifique est juridiquement rassurant car une fiction juridique devient une réalité scientifique.

Ainsi, en accordant plus de crédit à la médecine légale, aux analyses ADN et autres procédés d'origine médicale, le juge du XXI^{ème} siècle porte atteinte au principe de présomption

²³¹ Art. prélimin. III, Code de proc. pén., « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à la présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi ».

²³² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, p. 131.

²³³ Le doute profite à l'accusé

²³⁴ M-L RASSAT, *op.cit.*, n° 143.

²³⁵ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op.cit.*, p. 446.

²³⁶ R. MERLE, A. VITU, *op.cit.*, n°143.

²³⁷ P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, Paris, Defrénois, coll. Droit civil, 3^{ème} éd., 2009, n°210.

d'innocence. Comment est-il possible de contredire ou de discuter efficacement une preuve apportée par la science ? De surcroît, il semble qu'il soit difficile pour la justice de se passer des preuves médicales.

En pratique, toutes les preuves n'ont pas la même force de persuasion²³⁸ et le principe de présomption d'innocence est le premier à souffrir de cette importance donnée à la vérité scientifique. Le doute n'étant pas efficacement permis et la contradiction peu efficace, l'administration de la preuve engendre l'émergence d'une présomption de culpabilité officieuse par la résurgence d'une hiérarchie des preuves.

2) La naissance d'une présomption de culpabilité

72. L'abandon du système de preuves légales. Dans l'Ancien droit, la preuve devait être certaine « répétée à satiété par les jurisconsultes, et complète, ce qui, dans le système alors consacré des preuves légales, pouvait aller jusqu'à l'emploi de la question préparatoire en cas de présomptions véhémentes d'un individu suspecté de crime capital »²³⁹. Certaines preuves primaient sur d'autres et notamment l'aveu était considéré comme la reine des preuves. Après la Révolution, le principe de liberté de la preuve a été adopté. Désormais les enquêteurs peuvent se servir de tout mode de preuve tant qu'il reste loyal²⁴⁰. « Alors qu'autrefois la loi fixait la valeur des preuves, qui étaient parfaites ou imparfaites, depuis la Révolution, on le sait, la règle est que le juge apprécie librement la valeur des preuves »²⁴¹.

Cependant, en raison de la force probante des procédés étudiés et de leur impact sur la conviction, est-il encore possible de parler d'un système de preuve libre ? Même s'il y a toujours une marge d'erreur, cette dernière est plus faible qu'en présence de données profanes. L'objectivité et la fiabilité des preuves médicales les placent au sommet d'une hiérarchie des preuves qui a disparu légalement. Il existe dans la pratique une résurgence d'une hiérarchie des preuves au sommet de laquelle se trouvent les preuves scientifiques. La présomption d'innocence souffre inmanquablement de ce retour officieux à une hiérarchie des preuves, qui met au premier rang l'utilisation du corps de la personne.

²³⁸ C. MIANSONI, « L'expertise pénale en enquête préliminaire et de flagrance. Le procureur de la République prescripteur d'expertise », AJ pén. 2001, p. 564.

²³⁹ E. TILLET, « Histoire des doctrines pénales », Rép. Pén. Dalloz, juin 2002 (actualisation : octobre 2010).

²⁴⁰ J. BUISSON, « Preuve », Rép. Dr. pén. et proc. pén., Dalloz, octobre 2013 (actualisation : novembre 2017).

²⁴¹ B. BOULOC, « La preuve en matière pénale », in *La preuve*, (dir.) C. PUIGELIER, Paris, Economica, 2004, p. 44.

73. L'atteinte à la présomption d'innocence par l'exploitation du corps. Le principe de la présomption d'innocence suppose que l'individu soupçonné n'a pas à prouver son innocence²⁴², d'où les règles relatives à la charge de la preuve en procédure pénale. Ce principe a aussi été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴³. De plus, les atteintes à la présomption d'innocence sont réprimées car l'Etat peut être mis en cause s'il existe un acte ou une omission n'ayant pas protégé l'innocent présumé²⁴⁴. Or, il s'avère que la personne soupçonnée n'est pas protégée efficacement dans l'administration de la preuve pénale avec la naissance d'un aveu corporel. La participation active de la personne soupçonnée à la charge de la preuve, engendre une atteinte à la présomption d'innocence.

74. L'atteinte au principe du contradictoire. Le principe du contradictoire permet de garantir les droits de la défense de la personne ainsi que la présomption d'innocence²⁴⁵. Autrement dit, « l'absence de présomption d'innocence rendrait illusoire l'attribution de garanties processuelles à la défense »²⁴⁶. Le contradictoire est donc la « voie royale pour la recherche de la vérité »²⁴⁷. La force probante d'une preuve s'évalue en fonction de l'appréciation qui en sera faite lors d'un débat contradictoire. « Reconnu en droit interne comme la garantie fondamentale d'un Etat de droit et appliqué à ce titre à toutes les procédures »²⁴⁸, ce principe a été défini par les juges européens comme le « le droit pour les parties à un procès civil ou pénal, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge [...] et de la discuter »²⁴⁹. En raison de la difficulté de rapporter une preuve contraire et de leur influence certaine sur l'intime conviction, il semble difficile de discuter de façon efficace ces modes de preuve²⁵⁰. En effet, comment discuter efficacement une preuve placée au sommet d'une hiérarchie informelle ? Cette résurgence, en pratique, d'une hiérarchie des preuves impacte l'effectivité du principe du contradictoire.

Par ailleurs, le principe du contradictoire est censé être garant de la présomption d'innocence. Cependant, cette dernière se mue en une présomption de culpabilité, ce qui

²⁴² J. DELGA, *Manuel de l'innocent, de l'atteinte à la présomption d'innocence*, Paris, ESKA, 2008, p. 22.

²⁴³ CEDH, 13 janvier 2005, *Crapeau c/ Belgique*.

²⁴⁴ CEDH, 2 juin 2005, *Claes c/ Belgique*, dans cet arrêt la Cour européenne considère qu'il n'y a pas d'atteinte à la présomption d'innocence imputable à l'Etat car pas de négligence des autorités publiques.

²⁴⁵ C. LAZERGES, « Le renforcement de la présomption d'innocence et des droits des victimes ; histoire d'une navette parlementaire », RSC 2001, p. 7.

²⁴⁶ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2008, p. 138.

²⁴⁷ H. JUNG, « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? », RSC 1991, p. 526.

²⁴⁸ A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, 2010, p. 115.

²⁴⁹ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*.

²⁵⁰ M. MARTINELLE, *op.cit.*, p. 69.

démontre une atteinte audit principe. Il y a un véritable dévoiement des obstacles à la preuve qui entraîne des atteintes aux garanties entourant la preuve.

75. Conclusion Chapitre 1. L'inviolabilité du corps humain souffre indéniablement d'atteintes tant le corps humain est mis à contribution dans la recherche probatoire. Ces dernières sont permises par le principe de liberté de la preuve et sont multiples dans la mesure où les évolutions médicales interviennent dans différents domaines. Ces atteintes à l'intégrité violent par conséquent le droit pour tout individu de ne pas participer à sa propre incrimination car la personne soupçonnée participe activement à l'administration de la preuve. Le droit de se taire se trouve bafoué en raison de l'émergence d'un aveu corporel. Par ailleurs, en plaçant le corps de la personne au centre des investigations, le principe de la présomption d'innocence est amoindri car les nouveaux modes de preuve ne peuvent être efficacement débattus. Parallèlement aux atteintes subies par la personne soupçonnée, le rôle du juge est transformé en raison de l'administration de la preuve. En effet, l'intime conviction du juge change de nature.

La recherche de la vérité de l'existence d'une infraction pénale « suffit à donner au procès pénal une coloration coercitive et répressive »²⁵¹. Ces modes de preuve n'ont d'intérêt que s'ils peuvent être mis en œuvre. La seule barrière protectrice pour la personne semble être son accord ou son désaccord de se soumettre à de telles investigations. L'unique protection pour la personne serait son consentement. Néanmoins, des moyens de contourner le consentement sont prévus par la loi.

²⁵¹ C. RIBEYRE, « Le contradictoire dans l'instruction préparatoire », in *Le contradictoire dans le procès pénal, nouvelles perspectives*, (dir.) C. RIBEYRE, Paris, Cujas, 2012, p. 87.

Chapitre 2 : Les atteintes au consentement lors de l'administration de la preuve

76. La protection du consentement de la personne. « *Nemo praecise cogi potest ad factum* »²⁵². On ne peut forcer quelqu'un à faire quelque chose, il est primordial de respecter la volonté d'une personne, de respecter son consentement. Le consentement jouit ainsi d'une protection particulière²⁵³. L'exigence du consentement pourrait être un garde-fou dans la recherche probatoire reposant sur des investigations menées sur le corps de la personne soupçonnée²⁵⁴. Le consentement va de pair avec le principe d'inviolabilité du corps humain²⁵⁵. Ainsi, « dans tous les cas où l'intégrité physique ou psychologique du suspect est considérée, aucune investigation ne peut être entreprise sans son accord libre et éclairé, faute de quoi les agissements pourraient être qualifiés de mauvais traitements, sinon même d'actes de barbarie »²⁵⁶. En effet, « le respect de l'intégrité corporelle de l'inculpé constitue une exigence traditionnelle de la procédure pénale : le droit qu'a la justice d'accéder à ce que la personne possède de plus intime a pour borne infranchissable l'intégrité physique de celle-ci »²⁵⁷.

Cependant, en tant que droit contraignant, le droit pénal permet des atteintes au consentement dans la recherche probatoire, afin de promouvoir la manifestation de la vérité. Le consentement de la personne soupçonnée ne jouit que d'une protection relative dans l'administration de la preuve pénale. Il existe donc en la matière un consentement sous la contrainte, traduisant une certaine violence dans la recherche probatoire. Elle se caractérise par l'utilisation de la contrainte afin de contourner l'exigence de requérir le consentement de la personne soupçonnée. Le recours à la contrainte permet de garantir la manifestation de la vérité en cas de refus de la personne de se soumettre à des investigations corporelles. Selon le Larousse, la contrainte est « l'action de contraindre, de forcer quelqu'un à agir contre sa volonté ; pression morale ou physique, violence exercée sur lui ». La contrainte peut donc se

²⁵² « On ne peut forcer quelqu'un à faire quelque chose ».

²⁵³ R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2016, p. 209.

²⁵⁴ C. GIRAULT, « La protection de la personne en son corps en droit pénal », *Dr. fam.* Juin 2018, p. 13.

²⁵⁵ J-R DEMARCHI, *op.cit.*, p. 172.

²⁵⁶ F. DEFFERRARD, *op.cit.*, p. 176.

²⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, « La mise en état des affaires pénales », actes du colloque, Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, sous la présidence de Monsieur Hader, éd. IFC (Institut de formation continue du Barreau de Paris) et Institut de droit pénal du Barreau de Paris, en coédition avec la Gazette du Palais, 1990.

manifeste sous différentes formes. La procédure pénale connaît d'une contrainte morale dans l'administration de la preuve mais aussi de contraintes physiques. Cette contrainte se caractérise par le contournement du consentement (Section 1) mais aussi par l'ignorance du consentement (Section 2).

Section 1 : Le contournement du consentement

77. La promotion de la vérité par le détournement du consentement. Le contournement a pour but « d'éviter quelque chose par des moyens détournés, par un artifice ». En matière d'administration de la preuve, la personne soupçonnée est amenée à renoncer à son véritable consentement pour éviter d'être sanctionnée. Ce renoncement vide alors de son sens l'exigence du consentement car il ne répond plus à l'objectif premier de garde-fou pour la personne contre les investigations menées sur son corps. Dans le but de ne pas faire du consentement un obstacle dans la recherche de la preuve, le législateur a créé une possibilité de le soustraire, de le détourner grâce à une contrainte indirecte (I) qui fait l'objet d'un contrôle permissif (II).

I. L'existence d'une contrainte indirecte

78. La particularité d'une contrainte indirecte. La contrainte indirecte agit sur le psychisme de l'individu et constitue une forme de chantage permise par le législateur. En effet, dans la promotion de la manifestation de la vérité, un certain chantage est légalement prévu, ayant pour conséquence la mise en place d'un mécanisme de contrainte indirecte (A) qui connaît néanmoins des limites (B).

A. Le mécanisme de contrainte indirecte

79. La promotion de la manifestation de la vérité par le législateur. Le mécanisme de contrainte indirecte se trouve dans plusieurs articles du Code de procédure pénale, offrant une véritable assise légale à la contrainte indirecte (1). Par rapport à la problématique du

consentement de la personne soupçonnée, la contrainte indirecte a pour conséquence de porter atteinte à la liberté de consentir (2).

1) L'assise légale de la contrainte indirecte

80. L'apparente liberté du consentement. Des indices utiles à la manifestation de la vérité peuvent se trouver directement sur le corps de la personne soupçonnée. On retrouve les prélèvements corporels mais également les indices dans le corps même de l'individu, notamment dans ses veines²⁵⁸. Cependant, le droit français protège la liberté des personnes et le principe d'inviolabilité du corps humain devrait rendre impossible l'ignorance du consentement dans la recherche probatoire. « La justice ne peut rien sur son corps. Elle ne peut le frapper ; elle ne peut pas davantage lui extraire par effraction les secrets que recèle sa constitution biologique »²⁵⁹.

Or, le principe d'inviolabilité du corps humain n'est pas toujours compatible avec les finalités probatoires de sorte que même si légalement la personne peut refuser de se soumettre à une investigation, ce refus aura des conséquences et non des moindres pour elle. En effet, lorsqu'un individu refuse de se soumettre aux prélèvements et investigations sur sa personne, il se verra infliger une sanction pénale²⁶⁰, il s'agit d'un véritable mécanisme de contrainte indirecte. La liberté du consentement n'est qu'apparente car la proclamation de la liberté est assortie d'une peine, « refuser constitue un délit : c'est le prix de la liberté »²⁶¹. Ce mécanisme de contrainte indirecte a été adopté dans différents Codes : le Code de la route, le Code de la santé publique, le Code de procédure pénale et aussi le Code des douanes.

81. Les dispositions du Code de la route. En matière d'infractions au Code de la route, l'article L. 234-8 prévoit que le fait de refuser de se soumettre à des épreuves de dépistage permettant de présumer l'existence d'un état alcoolique (au moyen d'analyses ou examens médicaux, cliniques ou biologiques, soit au moyen d'un appareil permettant de déterminer la concentration d'alcool par l'analyse de l'air expiré), est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4500 euros d'amende. De plus, l'article L. 235-2 du même Code prévoit qu'en cas d'accident mortel ou corporel de la circulation, les officiers ou agents de police judiciaire font procéder à

²⁵⁸ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002, p. 400.

²⁵⁹ R. MERLE, *op.cit.*, n° 4 et n° 6.

²⁶⁰ A. DARSONVILLE, « Les examens et prélèvements à finalité judiciaire », *Dr. fam.* juin 2018, p. 35.

²⁶¹ C. AMBROISE-CASTEROT », *op.cit.*, p. 66.

des épreuves de dépistages pour déterminer si la personne conduisait en ayant fait usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants. De la même façon, l'article L. 235-3 prévoit que si la personne refuse de se soumettre à ces vérifications, elle encourt deux ans d'emprisonnement et 4500 euros d'amende.

82. Les dispositions du Code de la santé publique. Ensuite, le Code de la santé publique prévoit en ses articles L. 3354-1 et L. 3354-2 que les officiers ou agents de police judiciaire doivent, lors de la constatation d'un crime, d'un délit ou d'un accident de la circulation faire procéder sur l'auteur présumé les mêmes vérifications et le refus entraîne un an d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende.

83. Les dispositions du Code de procédure pénale. Par prélèvements externes, on entend toute opération de prélèvement nécessaire à la réalisation d'examen techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête. En vertu de l'article 55-1 du Code de procédure pénale, le législateur sanctionne largement le refus de se soumettre à ces prélèvements externes lors d'une enquête judiciaire. A l'origine, ce refus n'engendrait une sanction que pour les personnes soupçonnées. Néanmoins, depuis la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, la sanction est étendue à toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause et à toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction. La personne qui ne coopère pas risque un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

Par ailleurs, l'article 706-56 II du Code de procédure pénale prévoit que si la personne soupçonnée notamment d'agressions sexuelles refuse de se soumettre à un prélèvement biologique, elle sera punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. L'intérêt médical de la victime prime ainsi sur le consentement libre et éclairé de la personne soupçonnée.

84. Les dispositions du Code des douanes. Enfin, en ce qui concerne les fouilles corporelles internes pratiquées par un médecin lors de la garde à vue, lors d'une recherche de drogue dans l'intimité de la personne, l'alinéa 60 bis alinéa 5 du Code des douanes prévoit une peine d'un an d'emprisonnement et une amende de 3 750 euros pour celui qui refuse de s'y soumettre, ce qui constitue une sanction lourde. A nouveau, la préservation de l'intérêt général prime sur la possibilité pour la personne d'exprimer son refus à des investigations. Par conséquent, la liberté de ne pas donner son consentement à une investigation sur sa personne se mue en infraction pénale. De fait, la liberté de refuser le prélèvement est seulement théorique.

2) L'atteinte à la liberté de consentir

85. Le poids de la contrainte sur la personne. Dans le mécanisme de contrainte indirecte, la personne qui refuse des investigations sur son corps est pénalement sanctionnée. Le poids de la sanction pénale sur la personne a un effet pervers car elle va le plus souvent préférer subir une investigation corporelle qu'une sanction pénale. En ce sens, l'individu va donner son consentement pour faire avancer la recherche probatoire mais cette acceptation aux investigations est-elle réellement libre ? Théoriquement, l'intégrité du consentement doit être garantie²⁶². Cela implique que le consentement d'une personne ne soit vicié, ni par l'erreur, ni par le dol, ni par la violence. Le caractère déterminant du vice « s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné »²⁶³. La violence est un vice du consentement dans la mesure où une personne va s'engager sous la menace d'un mal faisant naître chez elle un sentiment de crainte, notamment d'exposer sa personne à un mal considérable²⁶⁴. Dans de telles circonstances, le consentement donné sous cette contrainte, menace, devrait entraîner la nullité de l'acte.

Cependant, le consentement en matière pénale ne peut s'apparenter au consentement en matière civile car « le consentement de la personne poursuivie n'est jamais réellement libre en procédure pénale, compte tenu du déséquilibre inévitable qui existe entre sa position et celle des autorités répressives »²⁶⁵. Seulement, un consentement obtenu par la force ou la ruse, par la pression sur la volonté pourrait être critiquable. En effet, « lorsque le consentement permet d'opérer une investigation, la production de preuves résultant d'une pression sur la volonté de la personne suspectée ou poursuivie, doit être jugée illégale, parce que déloyale »²⁶⁶.

En ce qui concerne le mécanisme de contrainte indirecte, on peut l'assimiler à une forme de violence, exercée sur la personne suspectée qui a la crainte d'un mal considérable, à savoir recevoir une sanction pénale. L'effet dissuasif de la sanction pénale²⁶⁷ trouve alors tout son sens. En effet, le prononcé de la sanction pénale dissuade l'ensemble de la collectivité mais aussi la personne qui a déjà été condamnée à passer à l'acte. Il s'agirait donc d'un consentement vicié, bel et bien donné sous la contrainte. Ce type de consentement ne devrait être

²⁶² Art. 1130, Code civil.

²⁶³ Art. 1130, al. 2, Code civil.

²⁶⁴ Art. 1140, Code civil.

²⁶⁵ X. PIN, *op.cit.*, p. 379.

²⁶⁶ X. PIN, *op.cit.*, p. 379.

²⁶⁷ M. VAN DER KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 173.

juridiquement permis, et pourtant, le Code de procédure pénale l'entérine dans le but de promouvoir la manifestation de la vérité. Il y a un véritable problème relatif à l'intégrité du consentement avec le mécanisme de contrainte indirecte. La violence morale fait désormais partie de la recherche probatoire. La peur de se voir appliquer une sanction pénale agit sur la personne soupçonnée comme une contrainte morale car cela l'empêche de faire application de son droit de refuser une investigation sur son corps. Cette contrainte morale implique une atteinte à l'intégrité physique, et ce dans un but probatoire. La contrainte physique est alors la conséquence de la contrainte morale. Cela revient à considérer que la recherche de la preuve et surtout le mécanisme de contrainte indirecte, induisent deux formes de violence, morale et physique.

De surcroît, en procédure pénale un mécanisme de confusion de peines existe, selon lequel la partie d'une peine peut être englobée par une autre lorsque l'individu est poursuivi pour deux infractions pénales et dans deux procédures différentes. Cependant, le mécanisme de contrainte indirecte échappe à la confusion des peines alors même qu'il y a concours réel d'infractions. La personne ne pourra donc pas voir une partie de la peine prononcée pour le refus de se soumettre à l'investigation absorbée par la peine prononcée pour l'infraction initialement commise. Le mécanisme de contrainte indirecte implique donc ce qu'on pourrait appeler une double peine.

Par conséquent, l'impératif de manifestation de la vérité et la préservation de l'intérêt général prennent l'ascendant sur les droits et libertés de la personne, d'autant que ce mécanisme de contrainte indirecte manque de cohérence.

B. Les limites du mécanisme de contrainte indirecte

86. L'existence d'un mécanisme imparfait. Même si le mécanisme de contrainte indirecte poursuit une finalité probatoire, il n'est pas pour autant exempt de lacunes. L'imperfection de ce mécanisme pose d'autant plus question qu'il constitue une atteinte au consentement de la personne soupçonnée. Deux formes de lacunes sont inhérentes au mécanisme de contrainte indirecte. D'une part, il recèle des lacunes quant à la nature de l'infraction (1) et d'autre part des lacunes quant aux modalités du recueil du consentement (2).

1) Les lacunes quant à la nature de l'infraction

87. L'indifférence quant à la nature du prélèvement. Le manque de cohérence du mécanisme de contrainte indirecte se matérialise de différentes façons. Tout d'abord les peines sont indifférentes quant à la nature du prélèvement et en cela il y a une première disparité. Le refus de se soumettre à un prélèvement plus intrusif comme une fouille corporelle interne, n'est pas sanctionné d'une peine plus lourde que le refus de se soumettre à un prélèvement en vue d'un dépistage permettant de démontrer l'existence d'une imprégnation alcoolique. « Comment justifier que l'individu qui refuse de souffler dans un éthylomètre encourt deux ans d'emprisonnement alors que la personne qui s'oppose à une fouille corporelle interne ne sera passible que d'une peine d'un an »²⁶⁸. Il serait plus judicieux que « pour se présenter au prévenu comme une incitation à coopérer au test, la peine imposée pour le refus de consentement devrait être identique à la peine encourue à la suite d'un test positif »²⁶⁹

88. L'indifférence quant à la gravité de l'infraction. Ensuite, ce mécanisme ne prend pas non plus en compte la gravité de l'infraction. En ce sens, il n'y a pas de proportionnalité entre l'infraction initialement poursuivie, pour laquelle une investigation corporelle est nécessaire et la peine effectivement encourue en cas de refus de se soumettre à cette mesure d'investigation. Cela donne encore moins de cohérence au mécanisme de contrainte indirecte²⁷⁰.

A titre d'exemple, en matière d'agression sexuelle, en cas de refus de se soumettre à un prélèvement biologique, la personne soupçonnée encourt un an d'emprisonnement²⁷¹ alors qu'en cas d'infraction au Code de la route, la personne qui refuse de se soumettre à un dépistage pour l'alcool²⁷² ou les stupéfiants²⁷³ encourt deux ans d'emprisonnement. Il n'y a donc pas de relation entre la gravité de l'infraction initialement poursuivie et la sanction en cas de refus de se soumettre à la mesure d'investigation. Le manque de cohérence de ce mécanisme coercitif de contrainte indirecte engendre des doutes quant à sa crédibilité. Il existe alors une réelle nécessité d'uniformiser les peines pour pallier ces incohérences.

²⁶⁸ J-R DEMARCHI, *op.cit.*, p. 175.

²⁶⁹ G. VAN EIKEMA HOMMES, P. TAK, « Le test ADN et la procédure pénale en Europe », RSC 1993, p. 679.

²⁷⁰ Arrêt de la CEDH sur la question de la gravité, voir infra n° 96.

²⁷¹ Art. 706-56 II, Code de proc. pén.

²⁷² Art. L. 234-8, Code de la route.

²⁷³ Art. L. 235-2, Code de la route

2) Les lacunes quant aux modalités du recueil du consentement

89. Le manque de précision quant aux modalités du consentement. Gouvernés par le principe d'inviolabilité du corps humain, les prélèvements ne peuvent en théorie pas être faits de manière forcée. Or, le but du mécanisme de contrainte indirecte est bien de contrer le refus de la personne. Néanmoins, même dans l'hypothèse où la personne donnerait son consentement au prélèvement, sous la crainte de recevoir une sanction pénale, le Code de procédure pénale ne précise pas de quelle façon il doit être recueilli. En effet, il n'est pas précisé si le consentement doit être donné de manière écrite ou si un simple accord oral suffit. Dans le silence de la loi, il semble qu'un simple accord oral suffise ce qui pose des problèmes quant à la preuve du consentement. Comment prouver que le consentement a bien été donné si le déroulé du prélèvement est remis en cause par la personne ?

De surcroît, il n'y a pas non plus de précision quant aux modalités du consentement concernant les personnes atteintes d'un trouble psychique ou neuropsychique visées par l'article 122-1 du Code pénal. Pour autant, il convient d'affirmer qu'une personne dont le discernement est altéré ou aboli sera plus malléable pour donner son consentement dans le cadre du mécanisme de contrainte indirecte. Cela témoigne encore d'une incohérence voire d'une lacune dudit mécanisme qui ne s'avère pas être assez protecteur de la personne. Finalement, « si les principes généraux de notre droit garantissant l'inviolabilité du corps humain ne permettent pas qu'un prélèvement, telle qu'une prise de sang, un prélèvement capillaire ou un prélèvement buccal soit effectué de force sur la personne, l'exigence du consentement de l'intéressé ne constitue toutefois pas une formalité nécessitant que l'accord de la personne soit constaté dans un procès-verbal ou dans une autorisation écrite signé de cette dernière »²⁷⁴.

Cependant, il ne s'agit que d'une première forme de contrainte, qui est la moins coercitive et la moins violente car il existe des contraintes directes dans la recherche probatoire. L'affirmation selon laquelle l'inviolabilité du corps humain garantit l'interdiction des prélèvements forcés est d'autant plus à nuancer.

²⁷⁴ Y. CHARPENEL, Circulaire de la direction des Affaires criminelles et des grâces du 10 octobre 2000, Bulletin officiel du ministère de la Justice n° 80, Présentation des dispositions relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques, CRIM 2000-08 F1/10-10-2000.

II. Le contrôle permissif de la contrainte indirecte

90. L'acceptation critiquable du recours à la contrainte. En procédure pénale, la contrainte est double, elle est indirecte mais aussi directe. Cette violence permise par le législateur porte atteinte au principe d'inviolabilité du corps humain. Grâce à la question prioritaire de constitutionnalité, les dispositions législatives relatives à la contrainte auraient pu être remises en cause. Néanmoins, on assiste en la matière à une appréhension souple du consentement par le Conseil constitutionnel (A). En présence de l'épuisement des voies recours internes, un justiciable aurait parfaitement pu critiquer les mécanismes de contrainte devant la Cour européenne des droits l'homme mais la Cour européenne en a une appréhension souple (B).

A. L'appréhension souple du consentement par le Conseil constitutionnel

91. La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative au mécanisme de contrainte indirecte. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 17 juin 2010 par la Cour de cassation²⁷⁵ d'une QPC sur la conformité à la Constitution des articles 706-54 alinéas 2 et 3, 706-55 et 706-56 alinéa premier du paragraphe II du Code de procédure pénale. De plus, l'article 29 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure était remis en cause. Ces articles sont relatifs à l'obtention et la conservation des empreintes génétiques au FNAEG mais aussi au mécanisme de contrainte indirecte. Ce dernier point est intéressant concernant le consentement. La question se posait de savoir si ces derniers étaient conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution. Le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur des interrogations relatives au recueil du consentement (1), sur lesquelles il a formulé des réserves (2).

1) Les interrogations relatives au recueil du consentement

92. Les fondements de la QPC. Selon le requérant, plusieurs principes étaient violés, il fondait sa demande sur la liberté individuelle, les principes de sauvegarde de la dignité humaine, l'inviolabilité du corps humain, le respect à la vie privée, la présomption d'innocence et le principe de nécessité des peines. Le premier alinéa, paragraphe II de l'article 706-56 du Code

²⁷⁵ Crim., 11 juin 2010, n° 10-81.810, D. 2010 p. 1714; D. 2012. Pan. 308, obs. GALLOUX et GAUMONT-PRAT.

de procédure pénale²⁷⁶ a été jugé par le Conseil comme conforme à la Constitution²⁷⁷. Le Conseil constitutionnel estime que l'atteinte à la liberté du consentement est en adéquation avec l'objectif poursuivi par le législateur et donc que la sanction au refus de se soumettre à un prélèvement est conforme à la Constitution sous réserve que la peine prévue par le législateur soit proportionnée à la gravité de l'infraction.

Selon le Conseil constitutionnel, les garanties prévues par le Code de procédure pénale (contrôle d'un magistrat, effacement des empreintes, contrôle de la CNIL, droit d'accès de l'intéressé), suffisent à protéger la personne. De plus, il soutient que les empreintes génétiques ne sont pas en cause car seule l'identification de la personne peut être recherchée pour servir à la manifestation de la vérité²⁷⁸. Il estime que le mécanisme de contrainte indirecte est proportionné au regard de la gravité de l'infraction commise. Selon lui, les principes de sauvegarde de la dignité humaine et d'inviolabilité du corps humain, le respect de la vie privée, la présomption d'innocence résultant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le principe de nécessité des peines posé à l'article 8 de la même Déclaration sont préservés malgré l'existence de ce mécanisme.

2) Les réserves formulées par le Conseil constitutionnel

93. La réserve relative à la nature de l'infraction. Le Conseil constitutionnel formule quand même deux réserves. La première est relative aux infractions qui permettent les prélèvements d'empreintes aux fins de rapprochement. Cette dernière limite le champ d'application de l'ancien article 706-54 alinéa 3. En vertu de cet alinéa, il était possible de procéder à un rapprochement avec les données du fichier, l'empreinte génétique de toute personne à l'encontre de laquelle il existait une ou plusieurs raisons de soupçonner qu'elle avait commis un crime ou un délit. Le Conseil constitutionnel considère que l'expression « tout crime ou délit » était trop large et qu'elle ne doit renvoyer qu'aux infractions prévues par l'article 706-55 du Code de procédure pénale²⁷⁹. Désormais, l'alinéa 3 de l'article 706-54 dispose « Les

²⁷⁶ Cet article aborde la question de la contrainte indirecte. En cas de refus de se soumettre à un prélèvement biologique, la personne est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

²⁷⁷ Conseil constit., 16 septembre 2010, n° 2010-25, QPC, étude J. DANET, « Le FNAEG au Conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale », AJ pén. 2010, p. 545.

²⁷⁸ J. DANET, *op.cit.*, p. 545.

²⁷⁹ Art. 706-55, Code de proc. pén., « Le fichier national automatisé des empreintes génétiques centralise les traces et empreintes génétiques concernant les infractions suivantes :

1° Les infractions de nature sexuelle visées à l'article 706-47 du présent code ainsi que le délit prévu par l'article 222-32 du code pénal ;

officiers de police judiciaire peuvent également, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée ».

94. La réserve relative à la conservation des empreintes. La seconde réserve concerne la durée de conservation des empreintes au fichier. L'article R. 53-14 du Code de procédure pénale prévoit que les empreintes ne peuvent être enregistrées au-delà d'une durée de quarante ans. Cette disposition ne prend pas en compte la nature de l'infraction et c'est ce que le Conseil constitutionnel reproche au législateur.

Néanmoins, malgré ces deux réserves, le Conseil constitutionnel confirme donc la possibilité de passer outre le consentement de la personne soupçonnée ce qui démontre que ce dernier ne bénéficie que d'une protection relative. Le Conseil constitutionnel semble estimer que l'atteinte au consentement est proportionnée relativement au but poursuivi, à savoir la manifestation de la vérité. Par conséquent, « le consentement nécessaire au prélèvement biologique encore requis par la loi pour les délits punis de moins de dix ans d'emprisonnement et pour les suspects n'est-il pas devenu un trompe-l'œil, cher à la justice néolibérale, quand le refus de prélèvement devient un délit reproductible à souhait ? »²⁸⁰. Sujet de vifs débats, la Cour européenne des droits de l'homme s'est elle aussi prononcée sur ce point.

2° Les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteintes aux personnes, de trafic de stupéfiants, d'atteintes aux libertés de la personne, de traite des êtres humains, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs, prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18, 222-34 à 222-40, 224-1 à 224-8, 225-4-1 à 225-4-4, 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3, 225-12-5 à 225-12-7 et 227-18 à 227-21 du code pénal ;

3° Les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens prévus par les articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 du code pénal ;

4° Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie, l'association de malfaiteurs et les crimes et délits de guerre prévus par les articles 410-1 à 413-12, 421-1 à 421-6, 442-1 à 442-5, 450-1 et 461-1 à 461-31 du code pénal ;

5° Les délits prévus aux articles 222-52 à 222-59 du code pénal, aux articles L. 2339-2, L. 2339-3, L. 2339-4, L. 2339-4-1, L. 2339-10 à L. 2339-11-2, L. 2353-4 et L. 2353-13 du code de la défense et aux articles L. 317-1-1 à L. 317-9 du code de la sécurité intérieure ;

6° Les infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 5°, prévues par les articles 321-1 à 321-7 et 324-1 à 324-6 du code pénal ».

²⁸⁰ J. DANET, *op.cit.*, p. 545.

B. L'appréhension souple du consentement par la Cour européenne des droits de l'Homme

95. Le consentement aux prélèvements biologiques. Dans l'affaire *Aycaguer*²⁸¹, la Cour européenne des droits de l'homme avait à statuer sur la question du consentement aux prélèvements biologiques aux fins de leur inscription au FNAEG. L'affaire *Aycaguer* a eu un retentissement certain en matière de consentement aux prélèvements (1), qui se justifie par les conclusions retenues par la Cour européenne des droits de l'Homme (2).

1) **Le retentissement de l'affaire Aycaguer**

96. Les faits de l'espèce. En l'espèce, lors d'un rassemblement organisé par un syndicat agricole, se déroulant dans un contexte politique et syndical difficile, une bousculade éclata entre les manifestants et la gendarmerie. Un individu fut condamné à deux mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir volontairement commis des violences n'ayant entraîné aucune ITT sur des militaires de gendarmerie, sur personne dépositaire de l'autorité publique avec usage ou menace d'une arme. Suite à une demande du parquet, plus de neuf mois après sa condamnation, l'individu fut convoqué par les services de police pour que soit effectué un prélèvement biologique sur sa personne, ayant pour finalité son inscription au FNAEG. Ce dernier refusa de s'y soumettre. En vertu des articles 706-55 et 706-56 du Code procédure pénale, l'individu fut renvoyé devant le tribunal correctionnel pour avoir refusé de se soumettre à des prélèvements et fut condamné à une amende de cinq cent euros. Un appel fut interjeté par le prévenu, la Cour d'appel confirma le jugement donc un pourvoi en cassation fut formé. Dans un arrêt du 28 septembre 2011, la chambre criminelle rejeta le pourvoi.

La Cour européenne devait se prononcer sur la conformité à la Convention du mécanisme de contrainte indirecte et de l'inscription des empreintes génétiques au FNAEG. Plus précisément, était visé l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée. La France a été condamnée sur ce fondement car l'article 706-55 ne prend pas en compte le degré de gravité de l'infraction dans la conservation des données génétiques au FNAEG²⁸². La Cour estimait qu'il y avait une disproportion entre les délais de conservation des empreintes génétiques et la gravité de l'infraction concernée²⁸³. Selon elle, il n'y avait pas une protection

²⁸¹ CEDH, 22 juin 2017, *Aycaguer c/ France*, 22 juin 2017 ; V. Gautron, « FNAEG : l'inertie gouvernementale sanctionnée par la CEDH », AJ pén. 2017, p. 391 ; L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2017, p. 1768.

²⁸² M. NICOLAS-GRECIANO, « Présentation de la législation en matière génétique », AJ pén. 2018, p. 60.

²⁸³ Voir n°12 sur le stockage des empreintes génétiques.

suffisante de l'intéressé car il n'y avait pas de juste équilibre entre les intérêts publics et privés en présence, à savoir le respect de la vie privée. En revanche, en ce qui concerne la sanction pénale en cas de refus de se soumettre à un prélèvement, la Cour européenne retient une toute autre position.

2) Les conclusions de l'affaire Aycaguer

97. La prévalence du critère de proportionnalité. Sur la condamnation au refus de donner son consentement au prélèvement biologique (article 706-56), la Cour ne condamne pas la France. Elle affirme que l'atteinte au consentement doit être proportionnée à la gravité de l'infraction, ce qui n'était pas le cas en l'espèce²⁸⁴. La justification de la Cour européenne est donc que l'atteinte portée au consentement de la personne se justifie au regard de la gravité de l'infraction. Elle considère que la poursuite a un but légitime. De plus, dans la mesure où les infractions concernées par la contrainte indirecte sont limitativement prévues par l'article 706-55 du Code de procédure pénale, elle estime qu'il ne s'agit pas d'une mesure abusive.

En ce sens, la recherche probatoire doit nécessairement être proportionnée à la nature ou à la gravité de l'infraction concernée²⁸⁵. La contrainte est donc permise par le Conseil constitutionnel mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, c'est le critère de gravité de l'infraction qui justifie l'existence d'une contrainte sur la personne soupçonnée. Cela dit, ce critère de gravité est-il réellement satisfaisant ?

98. La satisfaction du critère de gravité. « Selon le Code pénal, c'est la gravité (sous-entendu de la peine) qui permet de connaître la nature de l'infraction »²⁸⁶. Bien que les sanctions en cas de refus de soumettre à une investigation soient relativement lourdes, il s'avère que le critère de gravité justifiant la violation est le plus satisfaisant. En effet, la prise en compte du critère de gravité permet de préserver l'ordre public en présence d'infractions considérées comme graves. Le mécanisme de contrainte indirecte poursuit comme but louable la manifestation de la vérité pour des infractions d'une certaine gravité et surtout il ne concerne pas toutes les infractions. De surcroît dans cette affaire, la Cour européenne considérait que

²⁸⁴ D. GOETZ, « Fichier des empreintes génétiques : nullité des poursuites », D. 30 novembre 2017.

²⁸⁵ J-C GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, *op.cit.*, p. 308.

²⁸⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 24ème éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2017, p. 180.

dans le cas d'espèce, l'infraction de violence sans ITT n'était pas assez grave pour autoriser le prélèvement contraint.

De plus, l'article 706-56 marque une différence entre les crimes et les délits. Si la personne soupçonnée de crime refuse de se soumettre à une investigation la peine s'élève à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. En revanche lorsque la personne qui refuse de soumettre à une investigation est soupçonnée de délit, la peine est d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. L'article se base alors sur la classification tripartite des infractions prévue par le Code pénal²⁸⁷. La prise en compte du critère de gravité de l'infraction semble être cohérente pour justifier l'atteinte au consentement. Plus l'infraction est grave, plus la peine est élevée en cas de refus de se soumettre à une investigation, ce qui suit la logique du législateur de classer les infractions en fonction de leur gravité. Bien que la contrainte indirecte soit permise par le législateur et la jurisprudence tant nationale qu'européenne, il s'avère que le législateur permet des atteintes plus graves en donnant la possibilité d'ignorer le consentement.

Section 2 : L'ignorance du consentement

99. L'échelle de la contrainte. Il existe une gradation de la contrainte prévue par le législateur. La moins attentatoire à la liberté du consentement est la contrainte indirecte. Outre cette première forme, le législateur va encore plus loin, en prévoyant des contraintes directes (I), qui ont pour conséquence un amenuisement de la loyauté (II).

I. Les contraintes directes

100. L'obtention de preuve par la violence. Le Code de procédure pénale permet, dans certaines situations d'imposer des investigations corporelles à la personne soupçonnée (A). Cela révèle une certaine forme de violence physique dans la recherche probatoire. D'autres investigations également invasives peuvent être imposées à la personne mineure (B).

²⁸⁷ Art. 111-1, Code pén., « Les infractions sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions ».

A. Les investigations imposées à la personne soupçonnée

101. Le contournement du refus de consentement. Le législateur a prévu qu'en cas de refus de la personne de se soumettre à une investigation sur sa personne, son refus pouvait être contourné. Ce contournement permet d'assurer la préservation de l'ordre public et la manifestation de la vérité. C'est l'autorisation d'un magistrat qui permet de passer outre le consentement de la personne. Deux hypothèses sont envisagées, les fouilles corporelles internes (1) et les investigations en cas d'infractions sexuelles (2).

1) Les fouilles corporelles internes

102. La transmission d'une demande d'autorisation pour contourner le consentement. Le refus de la personne soupçonnée de se soumettre à des investigations peut être contourné par l'autorisation d'un magistrat. En effet, l'article 60 bis du Code des douanes, relatif aux fouilles corporelles internes, réalisées par un médecin lorsqu'une personne est soupçonnée de transporter *in corpore* des produits stupéfiants, aborde cette question. En cas de refus de la part de la personne soupçonnée, les agents des douanes peuvent transmettre une demande d'autorisation au président du tribunal de grande instance territorialement compétent ou au juge délégué. Le magistrat peut autoriser les agents des douanes à procéder aux examens médicaux sans le consentement de la personne lorsqu'elle aura exprimé son refus²⁸⁸.

D'un point de vue totalement pratique, on ne peut qu'imaginer la violence de cette contrainte. En effet, les fouilles corporelles internes concernent la partie la plus privée de l'anatomie de la personne soupçonnée. Forcer la personne soupçonnée à se soumettre à un tel acte constitue sans nul doute une atteinte à sa dignité en plus de l'atteinte à l'intégrité corporelle. D'autant que dans un arrêt du 29 janvier 1997²⁸⁹, la chambre criminelle considérait qu'en cas de toucher rectal effectué de force sur une personne car elle avait opposé son refus, ne constituait pas un viol. En cas de résistance violente de la personne, la qualification de rébellion pourrait de surcroît être retenue contre elle.

²⁸⁸ Art. 60 bis, Code des douanes, « En cas de refus, les agents des douanes présentent au président du tribunal de grande instance territorialement compétent ou au juge délégué par lui une demande d'autorisation. Celle-ci est transmise au magistrat par tout moyen. Le magistrat saisi peut autoriser les agents des douanes à faire procéder aux examens médicaux. Il désigne alors le médecin chargé de les pratiquer dans les meilleurs délais ».

²⁸⁹ Crim., 29 janvier 1997, n° 96-81.452, Bull. crim., n° 39.

103. Le silence de la disposition quant à la volonté du médecin. De plus, l'article 60 bis du Code des douanes ne donne aucune précision sur le refus ou l'acceptation du médecin à entreprendre un examen sans le consentement de la personne soupçonnée. En effet, déontologiquement, le médecin pourrait très bien refuser de pratiquer une fouille corporelle interne de force sur une personne n'ayant pas donné son consentement. L'article 2 du Code de déontologie médicale qui est aussi l'article R. 4127-2 du Code de la santé publique, impose au médecin d'exercer sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Cependant, il y a bel et bien une atteinte à la dignité et à l'intégrité corporelle avec la mesure de fouille corporelle interne forcée.

Néanmoins, en vertu de l'article R. 4127-10 du Code de la santé publique, « un médecin amené à examiner une personne privée de liberté ou à lui donner des soins ne peut, directement ou indirectement, serait-ce par sa seule présence, favoriser ou cautionner une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de cette personne ou à sa dignité. S'il constate que cette personne a subi des sévices ou des mauvais traitements, il doit, sous réserve de l'accord de l'intéressé, en informer l'autorité judiciaire. Toutefois, s'il s'agit des personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article R. 4127-44, l'accord des intéressés n'est pas nécessaire ». A la lecture de cet article, il est tout à fait possible pour le médecin chargé de l'investigation de refuser de la pratiquer en raison de l'absence de consentement de la personne, mais cette difficulté est contournée car s'il refuse un autre médecin sera nommé. Les investigations forcées ne concernent pas que le domaine des fouilles corporelles internes mais également la recherche de la preuve en cas d'infractions sexuelles.

2) Les infractions sexuelles

104. La résolution d'un conflit entre deux valeurs sociales. Lors d'une enquête ou d'une instruction, lorsqu'il existe des indices graves ou concordants laissant penser qu'une personne a commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle, un examen médical et une prise de sang pourront être effectués afin de s'assurer que cette dernière n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible. L'article 706-47-2 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale précise que le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressé. Cela dit, lorsque c'est la victime qui le demande ou que son intérêt le justifie, les examens pourront être effectués sans le consentement de la personne soupçonnée.

Cette atteinte corporelle imposée à la personne se justifie au regard des risques encourus pour la santé de la victime. Il y a alors un conflit entre deux valeurs sociales que le législateur désamorce en donnant valeur supérieure à l'intérêt médical de la victime. Par conséquent, « face aux droits et libertés des accusés, se dresse le droit à la santé de la victime, et dans cet affrontement entre deux droits fondamentaux, c'est ici le droit à la santé de la victime qui l'emporte sur la protection de l'intégrité corporelle »²⁹⁰. Là encore, des instructions du procureur de la République ou du juge d'instruction suffiront pour contourner le consentement²⁹¹. De cette façon, non seulement le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressé, ce qui peut engendrer une forme de contrainte, mais en plus le consentement pourra simplement être ignoré. La précision « s'efforcer d'obtenir le consentement » n'est pas réellement nécessaire dans la mesure où il est possible d'ignorer ce dernier par une décision du juge d'instruction ou du procureur de la République.

105. L'imprécision significative de la loi pénale. Dans tous les cas, l'idée de « s'efforcer d'obtenir le consentement », n'a pas grand sens. En effet, qu'est-ce que le législateur entend par là ? Le Code de procédure pénale ne précise pas ce que cela veut dire et surtout de quelle manière le médecin doit s'efforcer d'obtenir le consentement. Il s'agit ici d'une rédaction imprécise de la loi pénale. Le législateur n'a pas pris soin de donner des modalités spécifiques quant à l'obtention du consentement par le médecin. Il n'est pas précisé si cet effort sous-entend une contrainte morale ou physique, ni même si le consentement doit être obtenu par écrit ou non. Les modalités relatives à l'obtention du consentement dans la recherche de la preuve pénale apparaissent floues et très peu développées par le législateur. Il en ressort que le manque de clarté, de précision de la loi pénale constitue une atteinte au principe de légalité des délits et des peines. On peut affirmer que ce défaut de la loi pénale est récurrent en matière de contrainte portant ainsi atteinte à la liberté de choisir de la personne soupçonnée. Surtout, cette atteinte au principe de légalité a pour première victime la personne soupçonnée qui voit ses différentes protections être amoindries.

Il existe donc une réelle contrainte physique, directe qui pèse sur la personne soupçonnée dans la recherche probatoire. Cette contrainte commence par l'ignorance du consentement et se poursuit par des investigations corporelles imposées, ce qui révèle une forme de violence dans

²⁹⁰ C. AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pradel, Le droit à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 29.

²⁹¹ Art. 706-47-2, al. 2, Code de proc. pén., « A la demande de la victime ou lorsque son intérêt le justifie, cette opération peut être effectuée sans le consentement de l'intéressé sur instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction qui sont versées au dossier de procédure ».

l'administration de la preuve pénale. Il semble alors que la preuve retrouve sa fonction ancestrale car la violence et la souffrance sont inscrites dans l'histoire de la preuve²⁹². La contrainte dans la recherche probatoire s'impose également à la personne mineure.

B. Les investigations imposées à la personne mineure

106. Les mineurs isolés étrangers (MIE). Le MIE se définit comme une « personne âgée de moins de dix-huit ans qui se trouve en dehors de son pays d'origine sans être accompagnée d'un titulaire ou d'une personne exerçant l'autorité parentale, c'est-à-dire sans quelqu'un pour la protéger et prendre les décisions importantes la concernant »²⁹³. Les mineurs isolés étrangers ont un statut particulier en droit français (1) et leur traitement a fort heureusement connu une évolution ces dernières années (2).

1) **Le statut des mineurs isolés étrangers**

107. La situation particulière des MIE. En droit pénal, les MIE peuvent faire l'objet d'une expertise médico-légale de détermination de l'âge ordonnée par le parquet, dans la recherche et la poursuite d'infractions relatives à l'entrée irrégulière sur le territoire français ou à la détention de faux papiers. Le MIE est une personne particulièrement vulnérable et des tests osseux peuvent être entrepris afin de déterminer son âge et ce même si ce dernier est en possession d'une pièce d'identité²⁹⁴. Ces tests sont réalisés pour savoir si la personne est mineure car ce dernier bénéficie d'un régime favorable, il peut obtenir une protection de la part des autorités²⁹⁵.

²⁹² Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012 sur la preuve, étude de J-F CESARO, p. 85.

²⁹³ I. DEBRE, Rapport « Les mineurs isolés étrangers en France », Sénat, 2010, p. 7. Cette définition est très proche de celle donnée par le Conseil de l'UE qui donne la définition suivante du « mineur non accompagné » : « la présente résolution concerne les ressortissants de pays tiers âgés de moins de 18 ans qui entrent sur les territoires des Etats membres sans être accompagnés d'un adulte qui soit responsable d'eux », Conseil de l'UE 26 juin 1997, Résolution concernant les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers, JO n° C 221 du 19 juillet 1997, p. 23 et s., art. 1.

²⁹⁴ CNCDH, Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national, 27 juin 2014, n° 3.

²⁹⁵ Art. 20, CIDE, « Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial [...] a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat ». La CIDE a été signée à New York le 26 janvier 1990 et a été ratifiée par la France, publication par le décret n° 90-917 du 8 octobre 1990.

Cependant, ces examens ne sont pas scientifiquement fiables²⁹⁶. L'Académie nationale de médecine a émis des doutes quant à la fiabilité de cette technique de détermination de l'âge²⁹⁷. En effet, cette technique ne permet pas de différencier l'âge biologique de l'âge chronologique. Alors que l'âge biologique se calcule en prenant en compte l'état de santé général de la personne, l'âge chronologique se calcule à partir de la date de naissance²⁹⁸. En fonction du rythme de vie des individus et de leur état de santé, l'âge biologique et l'âge chronologique sont différents. Le Haut conseil de la santé publique estime aussi que cela constitue une ingérence dans la vie privée du mineur²⁹⁹.

De plus, « le recours à ce procédé, en ce qu'il ne répond à aucune indication diagnostique ou thérapeutique, pose des questions essentielles d'éthique médicale »³⁰⁰. En effet, ces tests exposent le mineur à des risques d'irradiation et il s'agit d'un procédé invasif sans finalité thérapeutique ni diagnostique³⁰¹. Les investigations en vue de déterminer l'âge pouvaient être imposées au MIE ou réalisées sans le consentement de son représentant légal, si le mineur refusait de s'y soumettre³⁰². Néanmoins, ce dispositif ne respecte pas les dispositions du Code de la santé publique qui imposent la recherche systématique du consentement du mineur³⁰³, ni celles du Code civil qui imposent de recueillir l'aval des titulaires de l'autorité parentale³⁰⁴. Cette mesure va à l'encontre de l'impératif de protection des MIE et de celui d'obtenir des informations sur son identité de manière appropriée³⁰⁵.

Par ailleurs, cela témoignait d'une recherche probatoire tant imprécise que contraignante, ne respectant pas le consentement du mineur ni celui de son représentant légal. Malgré les réserves émises par les différents comités et conseils, elle était toujours en vigueur dans les textes. Le législateur admettait donc pendant des années la violation du consentement dans la recherche de la preuve de l'âge de la personne mineure.

²⁹⁶ CA, Lyon, 26 mars 2013, n° 139 ; CA, Lyon, 6 novembre 2013, JOJ, n° 330, note J-L Ronge, p. 56.

²⁹⁷ Académie Nationale de médecine, Rapport du 16 janvier 2007 sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en matière pour les mineurs étrangers isolés.

²⁹⁸ CCNE, Avis n° 88 du 23 juin 2005 sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques.

²⁹⁹ HSCP, Avis du 23 janvier 2014 relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé.

³⁰⁰ P. PARINET, « La constitutionnalité des tests osseux : pas de printemps pour les mineurs non accompagnés ! », D. 2019, p. 742.

³⁰¹ J. MUCCHIELLI, « QPC sur les tests osseux : « L'idée est de créer une présomption de minorité », Dalloz actu. 13 mars 2019.

³⁰² Circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation.

³⁰³ Art. L. 1111-4, CSP.

³⁰⁴ Arts. 371-1 et 372, Code civ.

³⁰⁵ Résolution du Conseil de l'UE du 26 juin 1997 concernant les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers, JO n° C22 du 19 juillet 1997, p. 23-27.

2) L'évolution du traitement du mineur isolé étranger

108. La prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant. Fort heureusement, la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance précise cette situation et met fin à l'indifférence quant à l'intérêt supérieur de l'enfant. Désormais, l'alinéa 2 de l'article 388 du Code civil dispose « Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé ». Le législateur ne permet donc plus de ne pas prendre en compte le consentement du mineur en vue d'apporter la preuve de sa minorité ou de sa majorité.

La QPC n° 2018-768 du 21 mars 2019 aurait pu mettre un terme à l'utilisation des tests osseux sur mineurs. Le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur la conformité à la Constitution de l'article 388 du Code civil. Un jeune migrant guinéen arrivé en France en 2016 affirmait avoir 16 ans à l'appui de documents. L'aide sociale à l'enfance le prenait en charge. Le juge des enfants avait par la suite levé cette prise en charge car le mineur avait refusé de se soumettre à un test osseux. Finalement, l'adolescent consentait à se soumettre au test qui concluait qu'il n'était pas mineur. Le jeune homme formait une QPC pour démontrer que l'article 388 du Code civil portait atteinte à de nombreux droits et libertés garantis par la Constitution. Cependant, le Conseil constitutionnel a jugé que la pratique des tests osseux était conforme à la Constitution. Il a « rendu une décision de « pure » conformité, sans réserve d'interprétation, validant ainsi la constitutionnalité de l'utilisation des tests osseux pour déterminer l'âge des jeunes migrants au regard des garanties présentées par la disposition législative »³⁰⁶, seulement en posant des règles protectrices de la procédure de détermination de l'âge. Cette décision est critiquable tout d'abord au regard du manque de fiabilité des tests osseux alors que la détermination de l'âge est fondamentale pour le statut à donner au jeune migrant. L'article 388 du Code civil ne fait absolument pas référence à ce manque de fiabilité, à la marge d'erreur que ces tests impliquent. Ensuite, à la lecture de l'article 388, le recours aux tests ne doit intervenir qu'en second recours, après une analyse des documents d'identité de l'intéressé. Seulement, il s'avère que dans la pratique, les juges ordonnent les tests en ignorant l'analyse desdits documents³⁰⁷. Il ne semblait donc pas que les dispositions législatives étaient

³⁰⁶ P. PARINET, *op.cit.*, p. 742.

³⁰⁷ F. JAULT-SESEKE, « La constitutionnalité du recours aux tests osseux », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 972.

suffisamment protectrices pour le mineur et surtout pour assurer la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁰⁸.

Cependant, la Cour de cassation s'est ensuite prononcée sur la question des tests osseux sur mineurs dans un arrêt de la chambre criminelle du 11 décembre 2019³⁰⁹. En l'espèce, un prévenu étranger mineur renvoyé devant le tribunal correctionnel en comparution immédiate soulevait l'incompétence du tribunal estimant que son affaire relevait de la compétence de la juridiction pour enfants. Le tribunal correctionnel le condamnait à un an d'emprisonnement et rejetait l'exception d'incompétence. La Cour d'appel rejetait également l'exception en se fondant sur l'examen radiologique osseux qui avait été réalisé et qui déterminait l'âge du prévenu à 19 ans. Il formait alors un pourvoi en cassation. La chambre criminelle prononçait la cassation en estimant que la Cour d'appel n'avait pas vérifié si le respect des conditions de recours aux tests osseux était rempli. En effet, en vertu de l'article 388 du Code civil, le recours aux tests osseux doit être subsidiaire, uniquement si la personne n'a pas de papiers d'identité permettant d'attester son âge et si l'âge qu'elle prétend avoir n'apparaît pas vraisemblable. Néanmoins, en l'espèce, le prévenu avait rapporté devant le tribunal correctionnel des documents attestant de sa minorité mais ces derniers n'avaient pas été expertisés. De surcroît, l'alinéa 2 de l'article 388 dispose que les examens radiologiques osseux « ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé ». Cependant dans cette affaire la Cour d'appel n'avait pas précisé quelle autorité judiciaire avait autorisé l'examen. Par ailleurs, concernant le consentement aux tests, la Cour de cassation reprochait « à la cour d'appel d'avoir retenu les résultats de l'examen osseux sans avoir constaté que l'intéressé, qui l'avait d'abord refusé, ait donné son accord à sa réalisation et de ne pas avoir répondu au moyen dans lequel il soutenait qu'il ne résultait pas de cet examen qu'il y ait consenti »³¹⁰. Dans cet arrêt la Cour de cassation limite le recours aux examens osseux souvent décriés en raison de leur manque de fiabilité et surtout ne leur donne pas prévalence dans la preuve de la minorité. De plus, les tests osseux révélaient un âge de 19 ans alors que le prévenu avait fourni plusieurs documents attestant de sa minorité. En cas de doute lié à la détermination de l'âge, la Cour d'appel aurait dû retenir la qualité de mineur³¹¹.

³⁰⁸ C. POULY, « La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle exigence constitutionnelle », *Constitutions* 2019, p. 261.

³⁰⁹ Crim. 11 décembre 2019, n° 18-84.938, D. 2019. 2414 ; Dr. fam. 2020. Comm. 60, obs. P. BONFILS.

³¹⁰ C. MARIE, « Détermination de la minorité : rappel bienvenu par la Cour de cassation des modalités de recours aux examens osseux et de la portée de leurs conclusions », *La lettre juridique* n° 811, 30 janvier 2020 : Droit pénal des mineurs.

³¹¹ CA Lyon, 27 octobre 2016, n° 15/00503.

Les différentes formes de contrainte permises par le législateur témoignent d'une recherche probatoire moins soucieuse de respecter le consentement de la personne soupçonnée. La liberté du consentement et son effectivité sont remis en cause en droit pénal, ce qui engendre un amenuisement du principe de loyauté.

II. L'amenuisement de la loyauté

109. Le principe de loyauté. Ce principe a une importance toute particulière car il permet le respect des droits et libertés de la personne soupçonnée dans la recherche probatoire. Afin d'en apporter une définition, il faut se référer à la définition même du mot loyauté. « La loyauté se définit dans le Larousse comme dans le Robert autour des mots droiture et probité, la probité étant l'observation rigoureuse des devoirs de la justice et de la morale alliée à une honnêteté scrupuleuse »³¹². Le principe de loyauté de la preuve imposerait alors aux enquêteurs de faire preuve d'honnêteté et de mettre de côté toute forme de ruse dans la recherche probatoire et renverrait à une certaine idée de dignité de la justice³¹³.

En vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, il ressort que le « principe de loyauté de la preuve a donc une valeur supra législative et s'impose en matière pénale comme en matière civile »³¹⁴. Finalement, la loyauté de la preuve consiste en « une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité humaine »³¹⁵. Le respect des droits de l'individu et la dignité humaine apparaissent comme des piliers fondamentaux du principe de loyauté de la preuve³¹⁶. Cependant, malgré l'existence d'un tel principe, des investigations menées à l'insu de la personne soupçonnée sont permises (A), ce qui prouve l'existence d'atteintes à la loyauté (B).

³¹² T. VOULAND, « L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté des preuves », AJ pén. 2005, p. 275.

³¹³ J-B PERRIER, « Le fair-play de la preuve pénale », AJ pén. 2017, p. 436.

³¹⁴ F. FOURMENT, « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », D. 2011, p. 562.

³¹⁵ Crim., 27 février 1996 n° 95-81.000, D. 1996. 346, note C. GUERY, JCP 1996. II. 22629, note RASSAT.

³¹⁶ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves » in *Mélanges L. HUGUENEY, Problèmes contemporains en procédure pénale*, Paris, Sirey, 1964, p. 172.

A. Les investigations menées à l'insu de la personne soupçonnée

110. Le rejet jurisprudentiel des preuves déloyales. La Cour de cassation retient que ne sont pas admissibles les preuves récoltées suite à « une machination de nature à déterminer les agissements délictueux et que par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves »³¹⁷.

Néanmoins, malgré le rejet des machinations ou stratagèmes, est quand même permis un recours à la ruse afin de détourner l'exigence du consentement. En plus d'avoir un recours à la ruse dans la recherche probatoire, existe un recours à la non-information de la personne.

111. Le recours à la ruse. Un subterfuge peut être mis en place par les enquêteurs. Dans un arrêt de rejet du 30 avril 1998³¹⁸, la Cour de cassation avait eu à se prononcer sur cette question. En l'espèce, les policiers agissant sur commission rogatoire avaient entendu un témoin. A la suite de cette audition, ils avaient procédé à la saisie du mégot de cigarette fumé par ce dernier dans les locaux de police. A partir de ce mégot, une analyse génétique avait été réalisée. Le pourvoi portait sur le fait que les policiers avaient réalisé une analyse génétique sans le consentement de l'intéressé. La chambre criminelle retenait que « l'officier de police judiciaire avait procédé à la saisie d'un reste de cigarette que ce dernier venait de fumer, et dont l'analyse a permis de mettre en évidence une similitude d'empreinte génétique avec celle décelée également sur une cigarette trouvée sur les lieux de l'infraction ». Comment justifier une telle prise de position ?

Dans le cas présent, l'ADN du témoin a été prélevé en ignorant totalement son consentement ce qui au regard de ses droits est très surprenant. En plus d'avoir été prélevé sans son consentement, le mégot avait été ramassé une fois que ce dernier avait quitté les lieux il ne pouvait donc en aucune façon se douter que des analyses ADN allaient être effectuées par les enquêteurs. Le principe d'inviolabilité du corps humain devrait faire barrage à cette violation du consentement, mais il n'en est rien. Selon les dispositions de l'article 16-11 du Code civil, le consentement de la personne est obligatoire pour une procédure judiciaire civile. Néanmoins rien n'est précisé en ce qui concerne une procédure pénale. La cour de cassation marque alors une différence entre le prélèvement qui se fait directement sur le corps de l'individu, pour lequel le recueil du consentement est nécessaire et l'analyse des éléments qui se détachent

³¹⁷ Crim., 27 février 1996, Bull. crim., n° 93.

³¹⁸ Crim., 30 avril 1998, n° 98-80.741, RSC 2001. 607, obs. GIUDICELLI.

naturellement du corps pour laquelle il ne l'est pas car ces derniers sont considérés comme des choses.

Outre l'intérêt supérieur de manifestation de la vérité, « la solution de l'arrêt Saunders et la lecture a contrario de l'article 16-11 du Code civil, à partir desquelles il est possible de soutenir que la personne mise en cause, si elle peut refuser le prélèvement, ne peut pas s'opposer à la recherche de son identité génétique »³¹⁹ quand bien même elle a été réalisée par la mise en place d'une ruse.

112. Les investigations menées à l'insu de la personne soupçonnée. De surcroît, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité permet une autre façon de pratiquer des investigations à l'insu de la personne soupçonnée. En effet, l'article 706-56 alinéa 4 du Code de procédure pénale dispose « lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un prélèvement biologique sur une personne mentionnée au premier alinéa, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir d'un matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé ». Les dispositifs ici exposés font alors barrage à l'opposition du consentement dans la recherche probatoire, ce qui démontre que des prélèvements peuvent être entrepris à l'insu de la personne soupçonnée. Au regard des procédés utilisés, le principe de loyauté ne serait-il pas affaibli ?

B. Les atteintes à la loyauté

113. L'inadéquation au principe de loyauté. Alors que la jurisprudence européenne est très ferme quant à la question de la loyauté de la preuve en ayant consacré l'obligation de loyauté dans la recherche policière et judiciaire des preuves³²⁰, « le système probatoire français a souvent fait l'objet de contestations sur le plan de la loyauté des preuves. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation adopte une conception trop restrictive des nullités, ce qui conduit le juge national à admettre des procédés déloyaux ou illégaux »³²¹. S'appuyant sur le principe de liberté de la preuve, la chambre criminelle se base sur la confusion entre liberté et loyauté pour accepter des modes de preuve nouveaux³²².

³¹⁹ A. GIUDICELLI, « Sur la distinction du prélèvement et de l'analyse concernant les empreintes génétiques », RSC 2001, p. 607.

³²⁰ CEDH, 6 décembre 1988, *Barbera, Masegüe et Jabardo c/ Espagne*.

³²¹ J-F RENUCCI, « Le principe de loyauté des preuves », RSC 2006, p. 879.

³²² P. HENNION-JACQUET, « L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme », D. 2005, p. 2575.

114. L'affaiblissement du principe de loyauté. Le principe de liberté de la preuve permet alors des dérives au détriment du principe de loyauté³²³. « Matériellement la déloyauté suppose le recours intentionnel à un procédé trompeur. Provocation, stratagème, artifice, ruse, tromperie, *guet-apens*, dissimulation, les qualificatifs ne manquent pas »³²⁴. Pour assurer un strict respect du principe de loyauté, machinations et stratagèmes devraient être prohibés³²⁵. La recherche probatoire à l'insu de la personne soupçonnée ne respecte pas le principe de loyauté de la preuve car des machinations et ruses³²⁶ en vue de trouver la vérité sont permises par la jurisprudence et le législateur³²⁷, en ignorant parfois l'implication de l'autorité publique dans la production de la preuve par la ruse³²⁸. Et ce même si le stratagème a été fait en privant la personne de certaines garanties légalement reconnues³²⁹. En reprenant la définition du principe de loyauté et en le confrontant aux investigations menées à l'insu de la personne, il s'avère que ce dernier est violé car les procédés ne respectent pas les droits de l'individu soupçonné.

De même, la recherche de la vérité est viciée car les enquêteurs ne font pas preuve d'honnêteté scrupuleuse en s'abstenant d'informer la personne soupçonnée des analyses effectuées à partir de matériels détachés de son corps. En cela, il y a une véritable atteinte au consentement de la personne et au principe de loyauté de la preuve en raison de la médicalisation de l'administration de la preuve pénale.

115. Conclusion Chapitre 2. Ces diverses atteintes, nées de la médicalisation de l'administration de la preuve, ont pour conséquence d'engendrer une mutation du procès pénal. En procédure pénale, la préservation de l'intérêt général prime aujourd'hui sur les droits de l'individu soupçonné. L'exploitation du corps de la personne témoigne d'une recherche probatoire qui a pour seul but la préservation de l'intérêt général, démontrant ainsi un

³²³ E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », RSC 2002, p. 263.

³²⁴ O. DECIMA, « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », D. 2018, p. 103.

³²⁵ P. VOULAND, *op.cit.*, p. 275.

³²⁶ Cela a aussi été le cas concernant la sonorisation d'une cellule de garde à vue et des écoutes téléphoniques. Voir H. ALCARAZ, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », RSC 2002, p. 263.

³²⁷ Crim., 20 sept. 2016, n° 16-80.820, Dalloz actualité, 22 sept. 2016, obs. S. FUCINI ; D. 2016, p. 1863 ; Just. & cass. 2017, p. 206, rapp. N. Bonnal ; *ibid.* 223, concl. P. LAGAUCHE ; AJ pén. 2016, p. 600, obs. C. AMBROISE-CASTEROT ; RSC 2016, p. 797, obs. F. CORDIE.

³²⁸ Ass. plén. 10 nov. 2017, n° 17-82.028, Dalloz actualité, 17 nov. 2017, obs. W. AZOULAY ; D. 2018. 103, et les obs., note O. DECIMA ; *ibid.* 196, chron. B. LAURENT, G. BARBIER, E. PICHON, L. ASCENSI et G. GUEHO ; AJ pénal 2018. 100, obs. C. KUREK ; JCP 2017. 1366, obs. A. GALLOIS ; *ibid.* 1376, note C. RIBEYRE ; Dr. pénal 2018. Comm. 37, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures 2018. Comm. 23, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Gaz. Pal. 19 déc. 2017/n° 44. 26, note R. MESA ; *ibid.* 23 janv. 2018/n° 3. 57, obs. F. FOURMENT.

³²⁹ P.-J. DELAGE, « Le « laisser faire » de l'autorité publique et le principe de loyauté de la preuve », RSC 2018, p. 117.

changement de paradigme. La procédure pénale est traditionnellement influencée par deux modèles, l'accusatoire et l'inquisitoire. Originellement, ces deux modèles s'opposent. A première vue, le droit français a opté pour un modèle mixte³³⁰. Néanmoins, il semble que ces deux systèmes soient incompatibles car ils ne répondent pas aux mêmes exigences³³¹. Mais, il apparaît que la procédure pénale dérive vers un modèle inquisitoire. Le modèle inquisitoire se nourrit de l'idée selon laquelle le juge interroge le suspect pour son enquête et ordonne de rechercher autant de preuves qu'il souhaite. En effet, la procédure pénale est contrôlée par la Cour qui se saisit de l'affaire. Selon ce modèle, il y a une absence de débat contradictoire et l'administration de la preuve a pour but de retenir des preuves contre le suspect. La reine des preuves dans ce modèle n'est autre que l'aveu. Le principe de liberté de la preuve n'existe pas pour préférer un système de preuve légale où les preuves sont le produit de la science. Comme la procédure est contrôlée par la partie qui se saisit de l'affaire, le modèle inquisitoire entend donner des pouvoirs importants au juge afin qu'il diligente des investigations à charge.

Dans ce modèle, le juge est garant de l'intérêt général et a pour objectif majeur de faire triompher la vérité. Le système inquisitoire a « une conception analytique de la recherche de la vérité puisque chaque étape procédurale exigeait des indices clairs de la culpabilité de l'accusé »³³². Les modèles accusatoire et inquisitoire sont en ce sens diamétralement opposés car l'un est plus protecteur de l'égalité, des droits de la personne soupçonnée, et l'autre permet la mise en œuvre de plus de modes de preuve car l'objectif fondamental est la préservation de l'intérêt général par la manifestation de la vérité. Dans le modèle inquisitoire, la phase préparatoire du procès n'est pas en adéquation avec les droits et liberté garantis par le Convention européenne³³³. L'amoindrissement de la présomption d'innocence a pour conséquence un affaiblissement du contradictoire durant le procès. Pourtant, le principe du contradictoire est bien un pilier du modèle accusatoire et permet de garantir un équilibre entre les parties au procès. La médicalisation de l'administration de la preuve rompt avec cet idéal d'équilibre entre les parties car les preuves scientifiques même si elles peuvent être discutées, la discussion sera sans effet réel sur la conviction du juge. Seul le scientifique a la connaissance pour discuter efficacement ces preuves qui échappent au juge et à la personne soupçonnée.

³³⁰ C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », RSC 2003, p. 644.

³³¹ C. AMBROISE-CATEROT, « Aveu », Rép. Pén. Dalloz, septembre 2014 (actualisation janvier 2016), n°98.

³³² M. LANGER, « La portée des catégories accusatoire et inquisitoire », RSC 2014, p. 707.

³³³ H. JUNG, *op.cit.*, p. 526.

Le système probatoire français permet aujourd'hui d'utiliser la contrainte indirecte (la peur de se voir appliquer une sanction pénale) et la contrainte directe (imposer des investigations à la personne soupçonnée, sur son corps). La possibilité offerte par le législateur d'avoir recours à la contrainte et le contrôle permissif de cette dernière donnent naissance à une recherche probatoire emprunte de violence. En effet, le corps de la personne soupçonnée devient soumis à la recherche probatoire. D'autant que ces formes de contrainte permettent l'extorsion de l'aveu, un aveu bien éloigné de celui traditionnellement donné par la parole dans la mesure où il s'agit d'un aveu corporel. Lorsque l'aveu corporel est extorqué directement sur le corps de l'individu cela témoigne d'une recherche probatoire marquée par la violence. Réduisant sans nul doute les droits et libertés de la personne soupçonnée classiquement garantis par le modèle accusatoire. L'attachement à la culture de l'aveu par le biais d'un aveu corporel contraint, montre une fois de plus que la phase préparatoire du procès pénal s'oriente vers un modèle inquisitoire.

Avant la médicalisation de l'administration de la preuve pénale, la recherche probatoire était humaine et fragile³³⁴. L'accusatoire préfère une approche judiciaire de la vérité. A l'inverse l'inquisitoire s'oriente vers une approche scientifique de la vérité. L'inquisitoire a vocation à trouver une vérité « parfaite », pour laquelle il met en œuvre des preuves dites scientifiques. C'est donc la vérité scientifique qui prédomine dans le système inquisitoire. Ce dernier adopte un système de preuve légale, au sommet duquel se trouvent les preuves scientifiques, contrairement au modèle accusatoire qui promeut la liberté de la preuve³³⁵.

Aujourd'hui, la recherche probatoire opte pour une approche interdisciplinaire de la vérité, abandonnant la simple vérité judiciaire. Vérité scientifique et vérité judiciaire coïncident donc toutes les deux dans le système probatoire. Un problème réside quant à la force probante des procédés scientifiques. En effet, en théorie, l'administration de la preuve est gouvernée par le principe de liberté de la preuve. Ce principe entend mettre sur un même pied d'égalité tous les modes de preuve, prohibant ainsi une hiérarchisation de ces derniers. Seulement, on remarque, qu'en pratique une hiérarchie des preuves voit le jour, plaçant les preuves scientifiques à son sommet, et ce sous l'influence du phénomène de médicalisation. Cette mise en place pratique d'une hiérarchie des preuves s'inspire du modèle inquisitoire.

³³⁴ C. AMBROISE-CASTEROT, « Recherche et administration de la preuve en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité », AJ pén. 2005, p. 261.

³³⁵ O. DECIMA, « Les « droit du genre humain » dans l'enquête pénale », RSC 2015, p. 287.

En raison de ses évolutions, l'administration de la preuve promeut la protection de l'ordre public. Cette protection prend l'ascendant sur les droits et libertés de la personne soupçonnée. C'est dire que la protection de l'ordre public, la préservation de l'intérêt général est l'objectif central du droit pénal actuel. Le législateur permet de l'assurer par une recherche probatoire invasive qui connaît de moins en moins d'obstacles. La phase préparatoire du procès pénal glisse véritablement vers l'inquisitoire³³⁶ dans l'administration de la preuve scientifique. L'existence d'une procédure pénale mettant parfois de côté les droits de la personne soupçonnée laisse penser que le modèle inquisitoire prédomine dans l'administration de la preuve pénale car ce modèle est « autoritaire fort peu soucieux des libertés individuelles »³³⁷. La médicalisation de l'administration de la preuve entraîne une atteinte à l'inviolabilité du corps humain. D'aucun ne peut penser que le consentement de la personne soupçonnée peut être une barrière à cette atteinte. Cependant, il n'en est rien car le consentement de la personne peut être contraint, voire totalement ignoré. Les atteintes au corps de la personne se conjuguent donc avec des atteintes au consentement.

Cela témoigne d'une recherche probatoire faisant preuve de violence et mettant au premier rang la préservation de l'ordre public. Les droits de l'individu s'en trouvent amoindris par le législateur et même par la jurisprudence qui fait preuve d'un contrôle permissif de la contrainte. La quête illusoire de la vérité parfaite a pour conséquence une mutation du procès pénal. En effet, bien qu'on assiste au recours à une approche pluridisciplinaire de la vérité, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, la procédure pénale glisse dangereusement vers un modèle inquisitoire.

116. Conclusion Titre 1. Les évolutions de la recherche probatoire permettent dans une certaine mesure une meilleure sécurité juridique, une recherche plus précise de la vérité en procédure pénale. Cependant, il aurait été utopique de penser que ces évolutions n'entraînent aucune conséquence dommageable pour l'une des parties au procès pénal. Des atteintes aux droits et libertés de la personne soupçonnée voient le jour. Le principe d'inviolabilité du corps humain ne fait plus barrage à la recherche probatoire. De surcroît, le consentement de la personne peut être détourné voire ignoré. Les obstacles à la preuve se réduisent dans le but de promouvoir la manifestation de la vérité, pour assurer la protection de l'ordre public.

³³⁶ P. PIOT, « Publicité et procès pénal », AJ pén. 2007, p. 18.

³³⁷ G. GIUDICELLI-DELAGE, Audition du Professeur par la Commission d'enquête parlementaire sur l'affaire dite d'Outreau le jeudi 23 mars 2006.

L'administration de la preuve passe donc par une « scientification » qui n'est pas nécessairement en accord avec des principes tels que la présomption d'innocence, le contradictoire ou encore l'intime conviction. La mutation de l'intime conviction prouve que la médicalisation de l'administration de la preuve n'impacte pas que la personne soupçonnée car c'est aussi le rôle du juge qui en souffre. Autre pilier essentiel du droit pénal, le législateur qui semble lui aussi être influencé par la médicalisation. En effet, la responsabilité pénale n'est pas épargnée par les sciences médicales.

Titre 2 : L'influence de la médicalisation sur l'engagement de la responsabilité pénale

117. L'existence préalable d'une infraction pénale. Etymologiquement, le terme responsabilité vient du latin *respondere* signifiant « répondre de ». Communément, cette notion signifie qu'une personne doit répondre de ses actes, assumer les conséquences de son comportement. Dans le domaine du droit pénal, une personne doit répondre de ses actes ou omissions lorsque ces derniers constituent une infraction pénale. En d'autres termes, « cette loi violée, à défaut de laquelle il ne saurait naître de responsabilité pénale à la charge de quiconque, constitue ce que l'on appelle l'élément légal de l'infraction »³³⁸.

118. L'incidence des sciences médicales dans l'appréhension de la responsabilité pénale. Il revient au législateur d'édicter les faits qui sont pénalement répréhensibles. Dans son travail d'élaboration de la loi, ce dernier prend en considération les évolutions de la société afin de déterminer s'il est nécessaire ou non de les encadrer. Les évolutions médicales se distinguent par leur importance et leur impact sur la société.

Dans un souci de protection de l'ordre public, le législateur prend en considération les progrès médicaux pour ne pas laisser se produire des faits socialement et éthiquement inacceptables. Cette nécessité d'incriminations engendre l'émergence d'un corpus normatif propre au droit pénal médical (Chapitre 1). L'engagement de la responsabilité pénale a un autre versant que celui de l'existence d'un fait pénalement répréhensible. En effet, la responsabilité « est le fruit d'un raisonnement élaboré. Elle ne s'impose pas de façon intuitive à la différence de la responsabilité morale »³³⁹. Après avoir vérifié la matérialité des faits et les avoir imputés à une personne, il faut rechercher si elle peut répondre de ses actes car la responsabilité pénale est fondée sur le libre arbitre, ce sont les conditions de la responsabilité. Les sciences médicales ont une incidence sur l'appréhension de la responsabilité pénale (Chapitre 2).

³³⁸ R. MERLE, A. VITU, *op.cit.*, p. 506.

³³⁹ E. DREYER, *op.cit.*, p. 517.

Chapitre 1 : L'émergence d'un droit pénal médical autonome

119. L'essor exponentiel de la bioéthique. Le concept de bioéthique est né avec les diverses évolutions en matière de biomédecine. La biomédecine concerne « l'ensemble des activités consistant en une intervention sur l'homme et tournées vers un but non nécessairement thérapeutique »³⁴⁰. Cette spécialité œuvre dans différents domaines comme la procréation, les activités de prélèvements d'organes, de tissus, de sang ou de gamètes, les recherches sur l'embryon, la génétique ou encore les neurosciences.

La bioéthique quant à elle se définit comme les « rapports entre les sciences et les techniques médicales et la protection de l'homme, tant dans leurs aspects philosophiques que juridiques »³⁴¹. Initialement, la bioéthique n'est pas une question juridique mais le droit a dû s'en saisir afin d'en fixer les limites. La bioéthique est un « code de bonnes pratiques pour éviter les dérives de la médecine et de la recherche tout en permettant à chacun de bénéficier des connaissances les plus actuelles en médecine et en biologie »³⁴².

120. L'adoption des lois dites de bioéthique. La nécessité d'encadrer les avancées biomédicales s'est concrétisée avec l'adoption de différentes lois en 1994. La première étant la loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement des données normatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La deuxième fut la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. La troisième loi n° 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicales à la procréation et au diagnostic prénatal fut adoptée également le 29 juillet 1994. Cette dernière loi a fait l'objet d'une révision qui entraîna l'adoption de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

Les progrès de la biomédecine étant rapides et importants, le législateur, le 7 juillet 2011 révisait une fois de plus la loi relative à la bioéthique avec la loi n° 2011-814 relative à la bioéthique. En janvier 2018, avec les Etats généraux de la bioéthique, l'examen d'ensemble de

³⁴⁰ J-R BINET, *Droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2017, p. 14.

³⁴¹ B. MATHIEU, *La bioéthique*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2009, p. 1.

³⁴² G. FLEDMAN, *25 questions décisives, La bioéthique*, Paris, Armand Colin, 2010, p. 8.

ces lois était lancé, toujours dans le but de faire face aux avancées de la science. Il s'agit d'une mise en évidence une volonté du législateur d'encadrer les différentes évolutions médicales mais cela montre aussi que ces dernières influencent directement la rédaction de la norme pénale.

121. L'homme au cœur des investigations. « Les progrès constants des techniques médicales ont permis de prolonger la vie des hommes en repoussant les frontières de la mort. Ces progrès s'accompagnent de manipulations du vivant qui soulèvent de nouvelles questions éthiques »³⁴³. Quelle que soient les évolutions scientifiques et médicales, quelle que soit l'idée que l'on se fait d'une pratique ou d'une expérience, il n'en demeure pas moins que l'utilisation du corps humain à ces fins pose des questions tant juridiques qu'éthiques. Il existe une aspiration à pousser les frontières de l'humain, à l'améliorer pour qu'il soit toujours plus en meilleure santé. La mort constituerait presque désormais « une anomalie qu'il convient d'éradiquer de principe, une issue évitable à l'aide de compétences qu'un humain « traditionnel » ne possède pas »³⁴⁴. Un cercle vicieux prend alors naissance, « les progrès de la médecine développent le désir d'être soigné, de mieux en mieux soigné, et le désir de soins meilleurs suscite la recherche et accélère les progrès de la médecine »³⁴⁵. Ces désirs sont accentués par l'évolution de la biomédecine qui place l'homme au centre de ses investigations. Le travail du législateur en la matière démontre un renouvellement des sources du droit pénal (Section 1), qui se traduit par un renouvellement incriminations pénales (Section 2).

Section 1 : Le renouvellement des sources du droit pénal

122. L'attachement au principe de dignité de la personne humaine. Les évolutions médicales et la biomédecine en général touchent à la personne humaine. Plus précisément, le socle commun de leur encadrement est le principe de dignité de l'être humain. C'est cette valeur sociale qui est principalement mise en cause et qui nécessite une protection. La dignité « attribut de la personne [...] repose sur une conception laudative de l'homme, l'affirmation de son

³⁴³ J. SAISON, « Les avancées du progrès médical confrontées au droit à propos de la XENotransplantation », *Revue internationale de sémiotique juridique* 2004, vol. 17, p. 419.

³⁴⁴ Q. LE PLUARD, C. HAZIF-THOMAS, « Le transhumanisme face au droit et à l'éthique de Jean Carbonnier », *Ethique & Santé*, vol. 16, mars 2019, p. 26.

³⁴⁵ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », *RSC* 1996, p. 13.

éminente valeur (quand d'autres pourraient le voir comme misérable et corrompu) »³⁴⁶. Autrement caractérisée, la dignité se définit en fonction de « la conception gréco-latine de « *dignitas* » révélatrice du statut social ou du rang occupé dans la société, qui se rapproche de l'honneur »³⁴⁷. On retrouve le principe de dignité dans le Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 selon laquelle « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constituent le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

« Le choix de la bioéthique, comme terrain d'élection de sa consécration constitutionnelle officielle, relève que la notion de dignité a été envisagée sous l'angle des risques qui se profilent derrière le spectre de la science »³⁴⁸. En effet, les différentes évolutions sont empreintes de craintes car de potentielles dérives peuvent voir le jour. Pour ces raisons et dans un souci de préserver l'ordre public, la nécessité d'encadrer les évolutions médicales se concrétise (I) et elle passe notamment par des tentatives extra-légales d'encadrement des évolutions médicales (II).

I. La nécessité d'encadrer les évolutions médicales

123. Les contours du principe de nécessité. Dans son *Traité Des délits et des peines*, Beccaria affirmait que « tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas de l'absolue nécessité est tyrannique. Voilà donc sur quoi est fondé le droit souverain de punir les délits : sur la nécessité de défendre le dépôt du salut public contre les usurpations particulières ». Le principe de nécessité ressort de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁴⁹ et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³⁵⁰. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer que « s'il est loisible au législateur de prévoir de

³⁴⁶ G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, 13^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 2007, p. 24, n° 12.

³⁴⁷ K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012, p. 2.

³⁴⁸ K. GACHI, *ibid.*, p. 11.

³⁴⁹ On le retrouve à l'article 5 en vertu duquel « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société », et à la lecture de l'article 8, selon lequel « La loi ne doit établir que des peines strictement nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». On le retrouve également à l'article 9 qui dispose « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi ».

³⁵⁰ La Convention prévoit en son article 8 que l'ingérence de l'autorité publique doit être strictement prévue par la loi et qu'elle doit être « nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique au bien-être économique du pays », à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». La nécessité du droit pénal se justifie au regard de l'objectif de protection de l'ordre public. Dans leurs seconds paragraphes, les articles 9 et 10 de la Convention font eux aussi apparaître le principe de nécessité dans un souci de protection de l'ordre.

nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables [...], il lui incombe d'assurer, ce faisant, la conciliation entre les exigences d'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés [...] (et de) respecter le principe de la légalité des délits et des peines et le principe de la nécessité et de la proportionnalité des peines »³⁵¹. Le principe de nécessité limite l'action du législateur³⁵². Il « est un corolaire de la légalité, protéiforme en ce qu'il s'impose sous différentes expressions en droit pénal substantiel et procédural, dont la vocation est de restreindre la capacité du législateur pour protéger les libertés fondamentales, garantir l'équilibre entre efficacité répressive et droits des individus »³⁵³.

Par ailleurs, l'élaboration d'une norme doit avoir pour objectif premier de « résoudre un problème clairement identifié et d'atteindre un résultat précisément défini, lorsqu'il est manifeste que des solutions non normatives ne le permettent pas »³⁵⁴. Selon la pensée des philosophes des Lumières, la loi est « l'émanation parfaite de la volonté générale, si bien qu'il est impensable d'imaginer que la loi se trompe sur la nécessité de réprimer ou non un comportement ; car qui d'autre pourrait mieux le dire ? »³⁵⁵.

Le droit pénal doit sans cesse évoluer, « tantôt pour appréhender de nouveaux comportements répréhensibles, tantôt pour accentuer la lutte contre certains comportements, lorsque les dispositions existantes se révèlent inefficaces »³⁵⁶. De ce fait, il existe une nécessaire adaptation du droit pénal aux évolutions médicales (A), qui se heurte aux difficultés inhérentes aux évolutions médicales (B).

³⁵¹ Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, AJDA 2010. 1908 ; *ibid.* 2373, note M. VERPEAUX ; *ibid.* 2014. 1866, étude P. GERVIER ; D. 2010. 2353, édito. F. ROME ; *ibid.* 2011. 1166, chron. ; *ibid.* 1166, chron. O. Cayla, à propos de l'incrimination de la dissimulation du visage. Certains auteurs déplorent à la sous-exploitation de ce texte par le Conseil constitutionnel, v. V. MALABAT Responsabilité et irresponsabilité pénale, Cons. const. 2009, n° 26 ; Th. S. RENOUX & M. DE VILLIERS, Code constitutionnel, LexisNexis, comm. art. 8 DDHC, n° 72 s. ; R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 245.

³⁵² R. PARIZOT, *ibid.*, p. 245.

³⁵³ O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, O. CAHN, K. PARROT (dir.), Paris, L'extenso, coll. LEJEP, 2013, pp. 19-20.

³⁵⁴ Premier Ministre, Conseil d'Etat, *Guide de légistique*, 3^{ème} éd., Paris, La documentation française, 2017, p. 11.

³⁵⁵ F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité, Aux frontières du droit de punir ». RSC 2015, p. 257.

³⁵⁶ J-B PERRIER, « L'adaptation des incriminations », RSC 2017, p. 373.

A. L'adaptation du droit pénal aux évolutions médicales

124. Les interrogations générées par les évolutions médicales. Les évolutions médicales sont multiples et touchent essentiellement au domaine du vivant. En plaçant le corps humain au cœur des investigations, les sciences médicales soulèvent des interrogations quant à l'inviolabilité du corps humain, à l'incessibilité du corps humain, au principe de dignité. Il existe donc des dangers liés aux évolutions médicales (1) qui, dans le domaine médical, justifient la nécessité d'une meilleure législation (2).

1) Les dangers liés aux évolutions médicales

125. Les risques pour l'ordre public. Les évolutions médicales sont des sources d'avancées considérables pour la société. Toutefois, il serait illusoire d'imaginer que les avancées médicales ne puissent pas être sources de dangers et d'abus. En droit pénal, ces diverses avancées sont susceptibles de créer de nouveaux troubles à l'ordre public car les sciences médicales touchent au corps de la personne, posent des questions éthiques, de santé publique et permettent toujours un peu plus de dépasser les limites de l'inconnu dans le domaine général de la santé. « Toutes les applications possibles de la recherche scientifique ne sauraient être nécessairement et systématiquement autorisées »³⁵⁷. D'autant plus qu'on est dans « un contexte de défiance à l'égard du progrès scientifique et de frilosité quant à ses application sociales »³⁵⁸. La loi pénale doit donc nécessairement s'adapter aux évolutions des sciences médicales afin de promouvoir la protection de l'ordre public, en prévenant les abus qui pourraient en découler. Un encadrement législatif adapté aux différentes innovations apparaît alors nécessaire. En effet, cet encadrement doit être adapté car le droit a le devoir de s'écarter de « deux tentations perverses. La première consisterait à ignorer les données techniques et sociales engendrées par la science et à maintenir contre vents et marées la pureté de règles inadaptées. La seconde conduit le légiste à se limiter à un rôle de notaire transcrivant les avancées scientifiques en règles juridiques sans cesse renouvelées et adaptées »³⁵⁹.

De plus, la nécessité de légiférer en la matière ressort d'une vision caricaturale mais néanmoins vraie, selon laquelle « la science dispose d'un partenaire discret mais essentiel, qui

³⁵⁷ CCNE, Avis 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019, 18 septembre 2018, p. 36.

³⁵⁸ J-R BINET, *op.cit.*, p. 17.

³⁵⁹ B. MATHIEU, *op.cit.*, p. 11.

est représenté par les grandes firmes pharmaceutiques et les enjeux qu'elles portent en termes d'économies nationales et d'économie mondiale. Parfois l'argument de la science peut masquer des stratégies et de puissants intérêts industriels et commerciaux »³⁶⁰. L'encadrement par le pouvoir judiciaire est nécessaire afin d'éviter les conflits d'intérêts et de contrôler l'action des opérateurs privés au sein du système de santé, dans un domaine où les enjeux économiques et financiers sont difficilement résistibles³⁶¹. En témoigne la succession des scandales sanitaires comme celui du Médiateur, de la Dépakine, de l'Isoméride ou encore des prothèses mammaires PIP (de la société Poly Implant Prothèse). Le but est ainsi de limiter l'influence et l'impact de l'industrie pharmaceutique sur les activités de soin, d'enseignement et de recherche en médecine, en évitant les déviances graves dans les relations entre l'industrie pharmaceutiques, les médecins et les agences sanitaires³⁶².

Cette promotion de la protection de l'ordre public passe alors par l'édiction de nouvelles infractions pénales. L'existence d'une médicalisation du droit pénal se justifie, au travers de la création de nouvelles infractions, s'adaptant aux évolutions médicales. L'essence même du droit pénal réside dans la protection d'intérêts considérés comme primordiaux, la protection de l'intégrité, de la propriété, de la dignité, de la santé etc. Ils constituent l'ensemble des valeurs sociales protégées.

126. La réponse aux craintes de la société. En édictant de nouveaux textes pénaux, le législateur répond aux craintes de la société. En effet, même si les évolutions médicales fascinent, elles effraient aussi dans la mesure où elles échappent aux connaissances de la plupart des citoyens. Les craintes de la société se justifient au regard des possibilités offertes par la science comme la possibilité de cloner une personne ou encore celle créer des cellules embryonnaires afin de soigner un patient. Prendre en considération les craintes de la société c'est aussi démontrer l'importance du principe en vertu duquel la loi est l'expression de la volonté générale et donc l'attachement à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. D'autant que la norme pénale puise « son effectivité et sa légitimité de son acceptation par le peuple »³⁶³.

³⁶⁰ B. MATHIEU, *ibid.*, p. 11.

³⁶¹ J-P MARKUS, « Conflit d'intérêt et déontologies : l'échec des déontologies existantes et l'improbable (?) succès de la loi », *Médecine & Droit*, vol. 2014, janvier-février 2014, p. 10.

³⁶² G. KARSENTY, C. BASTIDE, F. BRUYERES, L. GUY, « Les conflits d'intérêts », *Progrès en Urologie*, vol. 23, novembre 2013, p. 1219.

³⁶³ M-H GALMARD, *Etat, société civile et loi pénale*, Aix-Marseille, PUAM, 2006, p. 50.

Par ailleurs, le législateur ne peut ignorer les craintes des citoyens vis-à-vis de ces évolutions car « la législation pénale contemporaine révèle une influence très prégnante de la société civile dans l'élaboration de la loi pénale, ce qui ne manque pas d'étonner tant il semblait naturel que les missions traditionnelles de la puissance publique, telle que la justice, soient exclusives de toute privatisation »³⁶⁴. C'est en impliquant la création par le législateur de nouvelles incriminations, que le phénomène de médicalisation du droit pénal peut avoir pour conséquence l'émergence de nouvelles infractions car en la matière la loi est nécessaire.

2) La nécessité d'une meilleure législation

127. La justification de l'existence d'une norme. « Le texte normatif n'apparaît pas subitement, sans que rien n'éclaire ni explique cette apparition et son sens »³⁶⁵. La nécessité d'une norme pénale trouve sa justification dans l'exposé des motifs de la loi. En vertu de la circulaire du 30 janvier 1997 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en œuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre, « l'exposé des motifs indique les raisons pour lesquelles le projet de loi est soumis au Parlement, l'esprit dont il procède et les objectifs qu'il se fixe. Il comporte une brève explication par article (pour les textes longs, une explication par division suffit). Dans l'hypothèse où la loi modifie des dispositions préexistantes d'une loi [...] l'exposé des motifs indique clairement la nature et la portée des modifications qu'elle introduit ». Autrement dit, « c'est au sein de l'exposé des motifs et non dans le corps de la loi que doivent figurer les formulations d'objectifs et les déclarations d'intention »³⁶⁶.

128. L'élaboration particulière des lois bioéthiques. Le législateur a fixé lui-même une clause de réexamen tous les cinq ans des lois relatives à la bioéthique. Dans la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, une clause de « rendez-vous » est fixée. La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique édictée avec deux ans de retard, par rapport au délai prévu pour la révision des lois de bioéthique de 1994. Ce retard s'explique en raison des constantes évolutions dans ce domaine conjuguées avec la nécessité de construire un équilibre normatif avec des principes parfois contradictoires³⁶⁷. L'élaboration de cette loi a fait apparaître les difficultés de

³⁶⁴A. DARSONVILLE, « L'élaboration de la loi pénale sous l'influence des citoyens », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 148.

³⁶⁵D. REMY, *Légistique, L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994, p. 71.

³⁶⁶C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif, Manuel de légistique*, 7^{ème} éd., Paris, Berger-Levrault, 2012, p. 290.

³⁶⁷AN, Rapport n° 2206 de M. Pierre-Louis Fagniez sur la mise en application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

légiférer dans le domaine de la biomédecine tant les questions qu'elle soulève sont sujettes à des discussions éthiques et juridiques. Le législateur, conscient de la particularité des évolutions biomédicales, souligne le besoin d'entreprendre un travail pluridisciplinaire dans l'élaboration de la loi. Les travaux parlementaires dressaient la liste des grandes innovations biomédicales dont le législateur devait se saisir pour en fixer les limites. Se posait la question des progrès thérapeutiques en matière de cellules souches embryonnaires permettant de traiter des affections graves comme la sclérose en plaques ou la maladie de Parkinson. La question du clonage thérapeutique se posait donc. Aussi, compte tenu des récentes avancées scientifiques en matière de recherche sur l'embryon, les sujets de l'assistance médicale à la procréation ou le diagnostic prénatal devaient être débattus.

129. L'encadrement étendu de la bioéthique. On peut également prendre l'exemple de l'exposé des motifs de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. Le titre Ier de la loi traite de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou de son identification par empreintes génétiques. Les différents articles pris ont pour but d'encadrer les diverses évolutions médicales en matière de bioéthique. En effet, afin d'éviter les dérives dans ce domaine, le législateur vient fixer un cadre. A titre d'exemple, l'exposé des motifs démontre qu'il y a un souhait de limiter les atteintes au secret médical, qui constitue une infraction pénale.

De plus, avec l'article 3 de la loi, le législateur a souhaité brider l'activité des laboratoires en créant une nouvelle sanction pénale à l'article L 1133-6 du Code de la santé publique³⁶⁸, qui trouve à s'appliquer lorsque les laboratoires réalisent des activités de génétique à des fins médicales sans y être autorisés. En pratiquant illégalement de telles activités, les laboratoires peuvent être responsables pénalement.

De la même façon, le législateur limite l'activité des établissements de santé et des établissements de transfusion sanguine en matière d'activité de prélèvement de cellules et complète les dispositions pénales. La loi de 2011 a aussi pour objectif de promouvoir la protection de la personne en rendant responsable pénalement les personnes qui divulguent une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait un don de gamètes et le couple qui les a reçus. En vertu de l'article 511-10 du Code pénal, cette infraction est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. On comprend que le but

³⁶⁸ Art. L 1133-6, CSP, « Comme il est dit à l'article 226-25 du code pénal ci-après reproduit :

« Le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique, ou à des fins médicales ou de recherche scientifique, sans avoir préalablement recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article 16-10 du code civil est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende » ».

du législateur est d'encadrer les évolutions médicales pour éviter tout abus, toute dérive. En ce sens, ces évolutions sont susceptibles de créer de nouvelles infractions pénales. Pour cette raison, il est nécessaire de légiférer en la matière. Néanmoins, intervenir dans le domaine de la bioéthique n'est pas chose aisée en raison des difficultés liées aux évolutions médicales.

B. Les difficultés inhérentes aux évolutions médicales

130. La difficile appréhension des évolutions médicales. Le législateur prend en considération les évolutions médicales afin d'en fixer les limites car ce qui est scientifiquement réalisable n'est pas forcément souhaitable. Cependant, légiférer dans le domaine de la biomédecine peut poser des difficultés en raison du particularisme du progrès médical (1). Ces dernières entraînent un décalage entre les évolutions en cause et les normes en vigueur. Pour cette raison, ne faudrait-il pas s'orienter vers un droit prospectif ? (2).

1) **Le particularisme du progrès médical**

131. La rapidité des avancées médicales. Les avancées médicales ont pour particularité d'être rapides et démontrent une certaine imprévisibilité dans leur évolution. Par ailleurs, elles posent des questions éthiques quant au respect dû au corps humain. Le législateur ne peut pas tout concéder à la science car il y a un risque de dérives dans la recherche scientifique. Tout ce qui touche au domaine de la santé doit nécessairement être encadré. Néanmoins, les questions relatives au progrès médical s'inscrivent dans un débat sociétal qui n'est pas clos et qui ne le sera probablement jamais. Il faut souligner que les connaissances médicales sont en constante évolution³⁶⁹, ce qui rend difficile leur encadrement. En effet, « compte tenu de la rapidité et du caractère difficilement maîtrisable des progrès scientifiques, un travail de réflexion approfondi s'impose quant aux réponses à y apporter, car elles ont une portée sociétale importante et peuvent engager une certaine vision de l'humanité, s'agissant notamment du statut de l'embryon ou du clonage »³⁷⁰.

En raison de cette évolution constante et rapide, le droit peine à encadrer les avancées médicales. En effet, « la temporalité différente entre le processus long d'élaboration de la loi et

³⁶⁹ CCNE, Avis 67 du 27 janvier 2000 sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique, p. 1.

³⁷⁰ AN, Rapport n° 2206 de M. Pierre-Louis Fagniez sur la mise en application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

les avancées très rapides et parfois imprévisibles de la science, est d'ailleurs source de tensions »³⁷¹. Il existe une source de tension car la loi n'est pas capable d'encadrer en temps et en heure ces évolutions. Le processus d'élaboration de la loi connaît une temporalité aux antipodes de celle des connaissances médicales. La légistique veut que la conception des textes passe par de nombreuses étapes : questions préalables, études d'impact, travaux interministériels, consultation du Conseil d'Etat, examen des projets de loi par le conseil des ministres, discussion parlementaire, examen de la constitutionnalité ... Tant d'étapes qui rendent l'élaboration de la loi longue et fastidieuse. Il peut donc y avoir un net décalage entre la loi en vigueur et la dernière évolution scientifique. Pour illustrer ce décalage, l'exemple du Comité consultatif national d'éthique est intéressant. Il a rendu un avis 129 relatif à la bioéthique en amont de la révision de la loi de bioéthique. Le comité considérait que depuis 2011, les avancées médicales avaient bien trop évolué par rapport au droit et qu'il était donc nécessaire de revenir sur cette matière qui pose des questions tant éthiques que juridiques.

132. La nécessaire appréhension pluridisciplinaire des avancées médicales. Par ailleurs, une autre difficulté se pose au législateur en plus du problème de temporalité. Il s'agit de l'appréhension et de la compréhension particulière des avancées médicales. Le législateur ne peut pas se saisir d'une avancée médicale et édicter un texte en rapport avec cette dernière sans qu'une étude globale, précise et scientifique ne soit menée car les connaissances médicales échappent au savoir de la plupart des personnes. Le particularisme du progrès médical rend obligatoire l'intervention de différents acteurs dans l'élaboration d'une norme en rapport avec ces dernières. Le vocabulaire médical est particulier voire difficilement compréhensible pour la personne qui ne le pratique pas. De même, la technicité des différentes pratiques rend nécessaire une étude globale et pluridisciplinaire pour pouvoir légiférer dans ce domaine. En effet, des termes tels que cellules totipotentes³⁷², technologie biophotonique³⁷³, cellules souches

³⁷¹ CCNE, Avis 129 du 18 septembre 2018 relatif à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019, p. 7.

³⁷² Il s'agit de cellules permettant d'engendrer un organisme entier, c'est-à-dire, chez l'homme, un bébé avec les annexes, le cordon et le placenta. Les seules vraies cellules totipotentes sont l'œuf fécondé et les cellules filles issues de ses toutes premières divisions.

³⁷³ Il s'agit de techniques qui utilisent la lumière pour analyser ou modifier des micro-organismes.

embryonnaires³⁷⁴, dons de gamètes³⁷⁵, modification du génome³⁷⁶, rendent nécessaire une étude approfondie des évolutions. L'organisation des Etats généraux de la bioéthique par le Comité consultatif national d'éthique, permet notamment une consultation vaste de différents acteurs et aussi permet d'associer les citoyens aux débats relatifs à la bioéthique.

Le droit suit bel et bien les sciences médicales en se faisant directement influencer dans la conception de la loi. Le phénomène de médicalisation du droit pénal engendre donc la nécessité d'encadrer les innovations médicales qui tendent à créer de nouveaux faits pénalement répréhensibles. Le professionnel de santé peut devenir responsable pénalement en raison des évolutions de sa matière. Il semble difficile pour la loi, de suivre la rapidité et la spécificité des innovations médicales dans la mesure où elles nécessitent un travail approfondi en amont d'un quelconque projet de loi. Néanmoins, la production de la norme n'a jamais été aussi importante³⁷⁷. Dès lors, comment pallier cette difficulté liée à la différence de temporalité entre l'élaboration de la loi et la rapidité des évolutions médicales ?

2) Vers un droit prospectif ?

133. Les dangers du silence de la loi. D'un côté, la rapidité des évolutions médicales a pour conséquence de créer un fossé entre ces dernières et les normes juridiques en vigueur. Pire encore, ce fossé risque d'engendrer des abus. A titre d'exemple, l'absence d'encadrement de la gestation pour autrui pourrait avoir pour conséquence une marchandisation du corps de la mère porteuse. D'un autre côté, le silence de la loi peut aussi paralyser la recherche médicale car si aucun texte juridique ne prévoit une innovation médicale, le problème qui pourrait alors se poser serait que les expériences soient remises à plus tard à défaut de pouvoir être encadrées juridiquement dans la mesure où fort heureusement, toutes les avancées scientifiques ne peuvent pas être légalement autorisées. Il existe donc une double conséquence néfaste à la

³⁷⁴ Il s'agit de cellules présentes *in vivo* dans le bouton embryonnaire, qui conservent la faculté de se diviser ainsi que leur pluripotence, jusqu'à ce que des signaux déclenchent leur différenciation. Elles sont retrouvées dans un embryon, elles ont la particularité de pouvoir se différencier en n'importe quel tissu de l'organisme. Elles sont testées dans certaines expériences dans le but de réparer ou reconstruire des organes ou des tissus dégradés (ou inopérants).

³⁷⁵ Il s'agit d'une technique d'assistance médicale à la procréation qui consiste à recueillir des ovocytes par ponction folliculaire transvaginale après induction de l'ovulation chez une femme stérile, dont les trompes sont perméables, et à placer les ovocytes, avec plusieurs centaines de milliers de spermatozoïdes, dans l'ampoule de la trompe utérine, lieu d'élection de la fécondation naturelle, soit à la faveur d'une coelioscopie, soit en cathétérissant la trompe à partir de l'ostium tubaire de la cavité utérine sous contrôle.

³⁷⁶ Le génome est l'ensemble du matériel génétique, codant et non codant, d'une cellule, d'un virus ou d'un organisme, c'est-à-dire du patrimoine chromosomique héréditaire.

³⁷⁷ Y. BENHAMOU, « Réflexions sur l'inflation législative », D. 2010, p. 2303.

lenteur dans l'élaboration de la loi : le risque de dérives des expériences médicales et le risque de paralysie de la recherche médicale. Dans son avis 129 du 18 septembre 2018, le Comité consultatif national d'éthique avait alerté sur ces deux points.

Il faisait notamment apparaître que depuis la loi bioéthique de 2011, les connaissances avaient nettement évolué mais que le droit positif laissait apparaître des lacunes quant à ces dernières. Finalement la question est de trouver une conciliation entre la rapidité des évolutions, l'évolution du débat sociétal, le maintien des principes éthiques fondamentaux et un encadrement législatif adapté. Déjà en 2010, l'idée d'un droit prospectif orienté vers l'avenir et qui l'anticipe avait fait son chemin. En effet « plutôt que de penser qu'il convient, tous les cinq ans, d'engager *de novo* la réflexion éthique en fonction de l'état d'avancement de la science, la société gagnerait probablement à s'inscrire dans une réflexion prospective, en amont, qui donnerait le temps à la réflexion et permettrait aux débats de se développer dans un climat de relative sérénité, en réduisant les effets de sidération, qui risquent d'entraîner soit une forme de panique, soit des réactions d'enthousiasme excessif et inapproprié »³⁷⁸.

134. La prévention de la répression. Le principe de nécessité de la loi pénale connaît parfois une anticipation de la répression gouvernée par la théorie du risque et qui passe par la criminalisation des actes préparatoires et non seulement des infractions consommées³⁷⁹. Toutefois, en ayant recours à un droit prospectif l'anticipation de la répression serait totalement différente. On ne serait plus sur une anticipation mais sur une prévention putative pure et simple. En effet, l'anticipation de la répression peut s'entendre aussi « de l'opération de l'esprit par laquelle on prévoit le futur à partir des données fournies par le présent, c'est-à-dire la prise en considération du risque entendu comme événement dommageable dont la survenance est incertaine et peut être probable selon les éléments dont on dispose »³⁸⁰. Cependant, cela ne répond pas aux exigences liées au principe de nécessité de la norme pénale. En effet, la norme pénale doit réprimer un comportement nocif pour l'ordre public, sauf que dans une telle hypothèse aucun comportement n'existerait encore. La rédaction de la norme ne serait donc pas strictement nécessaire et l'ingérence du législateur non justifiée par la préservation de l'ordre

³⁷⁸ CCNE, Avis 112 du 21 octobre 2010 relatif à une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro, p. 57.

³⁷⁹ O. CAHN, *op.cit.*, p. 58.

³⁸⁰ R. PARIZOT, « L'anticipation de la répression », in *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, O. CAHN, K. PARROT (dir.), Paris, L'extenso, coll. LEJEP, 2013, p. 127.

public. Autrement dit, l'absolue nécessité³⁸¹ de la création de la norme ne serait pas respectée, dans la mesure où le principe de nécessité permet de « prohiber l'excès d'incrimination et de sanction »³⁸².

135. Le risque d'atteinte au principe de légalité. Par ailleurs, le principe de légalité impose une rédaction claire et précise de la norme. Néanmoins, comment respecter ce principe de clarté et d'intelligibilité de la loi pénale si le législateur ne connaît pas réellement ce sur quoi il doit légiférer. Il semble impossible d'avoir recours à un droit prospectif dans la mesure où les évolutions médicales sont difficilement prévisibles précisément. La rédaction prospective de la norme pénale aurait pour conséquence une dégradation de la qualité rédactionnelle de la loi car le législateur ne serait pas à même de rédiger un texte clair et précis en définissant rigoureusement le comportement incriminé car ce comportement n'existe pas encore. Il y aurait alors une atteinte manifeste au principe de légalité.

Cependant le risque d'un droit prospectif est de ne pas pouvoir prendre en considération le caractère parfois imprévisible des avancées médicales. Seules certaines évolutions déjà à un état de recherche avancé pourraient être prises en compte par le législateur. C'est une difficulté pour le législateur de s'adapter à un progrès qui sort de son champ de compétence et qui évolue plus vite que le droit. Il existe quand même un encadrement des évolutions médicales. Dans un souci de respecter l'appréhension pluridisciplinaire du progrès médical, des tentatives extra-légales d'encadrement de ce dernier existent.

II. Les tentatives extra-légales d'encadrement des évolutions médicales

136. L'influence des sources extra-légales. Ce qui est extra-légal est ce qui ne relève pas de la loi. Ainsi, en matière de progrès médical, le législateur se confronte à la nécessité d'avoir une approche pluridisciplinaire. Pour cette raison, on retrouve deux types de sources, des sources extra-légales juridiques (A) et des sources extra-légales éthiques (B).

³⁸¹ A. DARSONVILLE, « Les sanctions pénales » in *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, O. CAHN, K. PARROT (dir.), Paris, L'extenso, coll. LEJEP, 2013, p. 97.

³⁸² P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le principe de nécessité en droit pénal », *Les Cahiers de la Justice*, 10 septembre 2014, p. 495.

A. Les sources extra-légales juridiques

137. La complétude de l'encadrement des évolutions médicales par les sources extra-légales juridiques. Dans le domaine des évolutions médicales, il n'y a pas que la loi, expression de la volonté générale qui fixe des limites à ces dernières. En effet, les normes législatives se retrouvent étroitement enserrées entre deux formes de sources extra-légales juridiques, les sources supra-législatives indirectes (1) et les sources infra-législatives (2).

1) **Les sources supra-législatives indirectes**

138. La nature différente des sources supra-législatives. Les sources supra-législatives ont une autorité supérieure à la loi. Elles sont différentes et toutes peuvent avoir un rôle à jouer dans l'encadrement des évolutions médicales. Il existe un encadrement particulier des évolutions médicales par le Conseil constitutionnel qui lui, intervient en droit interne. La formule « encadrement particulier » s'explique car il faut nuancer l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel est une source extra-légale à part entière. En effet, c'est la conformité à la Constitution des textes pris en fonction des évolutions en cause dont il sera question. Le Conseil étudie la loi il ne la crée pas donc il n'est pas une source directe. Néanmoins, il est parfois une source directe quand, à la suite d'une censure, le législateur est contraint de légiférer de nouveau. La loi nouvelle est alors le produit indirect d'une décision constitutionnelle et il s'agit alors non d'une création normative mais d'un encadrement par le Conseil constitutionnel (a). Les évolutions médicales intéressent le monde, au-delà des frontières de la France car c'est l'être humain dans sa globalité qui est concerné par les risques. Pour cette raison il y a également un encadrement international des évolutions médicales (b).

a) L'encadrement par le Conseil constitutionnel

139. La conformité à la Constitution des évolutions médicales. En termes d'évolutions médicales, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur divers sujets. Tout d'abord, il a eu à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) à différencier de l'interruption médicale de grossesse (IMG)³⁸³, bien que cette

³⁸³ Conseil constit., 15 janvier 1975, n° 75-54, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1975, p. 19 ; JO, 16 janvier 1975, p. 671 ; D. 1975.530, note L. HAMON ; AJDA, 1975, p. 134, note J. RIVERO ; JCP 1975.II.18030, note E-M BEY ; Gaz. Pal., 1976.I.25, note A. PELLET ; J. ROBERT, « La décision du Conseil

question dépasse de loin les seules considérations médicales ou bioéthiques. Les possibilités offertes d'interrompre une grossesse (par voie médicamenteuse ou chirurgicale, pour motif personnel ou thérapeutique) soulevaient des interrogations quant à leur encadrement juridique. En effet, quelles limites fallait-il poser pour que les interruptions de grossesse ne soient pas pratiquées de façon abusive ? Se posait un problème, l'éventuelle atteinte au principe de respect de tout être humain dès le commencement de sa vie, ainsi qu'au principe prévu par le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 prévoyant la protection de la santé de l'enfant. Le Conseil constitutionnel considérait que la nécessité, les conditions et limitations prévues afin d'interrompre une grossesse étaient suffisantes pour ne pas porter atteinte au principe de respect de tout être humain dès le commencement de sa vie. De même que les dérogations prévues pour une interruption de grossesse étaient strictement prévues par la loi donc ne portaient pas non plus atteinte à la protection de la santé de l'enfant.

Ensuite, en ce qui concerne la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, le Conseil constitutionnel a rendu une décision n° 2013-674 le 1^{er} août 2013³⁸⁴. Elle était plus précisément relative à la loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Selon les requérants était en cause le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine prévu par le préambule de la Constitution de 1946 qui soulignait que « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Repris dans le bloc de constitutionnalité, il en ressort que le principe de dignité a valeur constitutionnelle. De plus, le préambule de la Constitution de 1946 en son dixième alinéa prévoit que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère [...], la protection de la santé ». Selon les requérants une atteinte à la dignité voyait le jour car les nouvelles dispositions de l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique, dans sa rédaction résultant de l'article unique de la loi déferée, impliquaient une procédure d'autorisation implicite des recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Ils estimaient que

constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse » ; RIDC, 1975, p. 873 ; Rev. dr. inter. privé, 1976, p. 606.

³⁸⁴ Conseil constit., 1^{er} août 2013, n° 2013-674 ; « A la recherche de l'embryon », Constitutions 2013. 443, chron. X. BIOY ; S.-L. BADA, « La loi autorisant la recherche sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires franchit avec succès l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », in Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 27 août 2013 ; « Embryon-Recherche-Cellules souches », RTD civ. 2013. 895, comm. A-M LEROYER.

l'autorisation d'effectuer ces recherches « à des fins médicales » n'était pas suffisamment encadrée.

Cependant, le Conseil constitutionnel précise que ces pratiques ne peuvent être entreprises qu'à des fins médicales, afin de favoriser la recherche en la matière. De surcroît, il estime que le nouvel article sécurise les autorisations accordées en les entourant de garanties suffisantes. En effet, il estime que même si le législateur a modifié les possibilités de recherche sur l'embryon, en les subordonnant à des autorisations, il n'en demeure pas moins qu'il « a entouré la délivrance de ces autorisations de recherches de garanties effectives », et que les « dispositions ne méconnaissent pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». Le Conseil constitutionnel en conclut que la loi autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires est conforme à la Constitution car le principe de dignité de la personne humaine n'est pas remis en cause. Le Conseil rappelle alors l'attachement de l'Etat français au principe de dignité de la personne humaine sans pour autant lui donner une valeur absolue parce qu'il peut souffrir de dérogations. Cette solution « ménage les convictions personnelles de ceux pour qui il est inacceptable que des embryons humains puissent être utilisés pour la recherche, aucun projet ne pouvant être mené sans l'accord du couple et les intérêts de la recherche française, permettant à ses équipes qui sont très performantes, de maintenir le rang de la France dans un contexte de concurrence internationale très vive. Mais pour ceux qui ont une vision essentialiste de l'embryon, il n'est pas certain qu'elle soit acceptable »³⁸⁵. Cela met en lumière une volonté du Conseil d'encadrer la recherche sur les embryons et cellules souches embryonnaires dans le strict respect de la dignité de la personne humaine. On a alors un premier cadre jurisprudentiel pour ces pratiques qui posent des questions d'ordre éthique. Les scientifiques ne peuvent donc pas pratiquer des recherches sans limite car ces dernières doivent nécessairement avoir une finalité médicale.

Finalement on comprend que dans le domaine de l'évolution des sciences médicales, tout est une question de limite à fixer pour éviter de porter atteinte à des principes fondamentaux. Parallèlement à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on retrouve des sources internationales contraignantes.

³⁸⁵ D. THOUVENIN, « La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : interdiction avec dérogations ou autorisations sous conditions », RDSS 2014, p. 283.

b) L'encadrement international des évolutions médicales

140. Le rayonnement international de la Convention d'Oviedo. Parmi les sources internationales, on retrouve la Convention pour la protection des Droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'homme et de la biomédecine, dite Convention d'Oviedo, du 4 avril 1997, signée dans le cadre du Conseil de l'Europe. La Convention d'Oviedo a été adoptée dans un climat d'inquiétudes lié aux risques de dérives possibles des considérables évolutions dans les pratiques médicales³⁸⁶.

141. La préoccupation majeure pour le principe de dignité de l'être humain. A la lecture du préambule de cette Convention, les Etats membres, « conscients des rapides développements de la biologie et de la médecine », « conscients des actes qui pourraient mettre en danger la dignité humaine par un usage impropre de la biologie et de la médecine » ont eu la volonté de « prendre, dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine, les mesures propres à garantir la dignité de l'être humain et les droits et libertés fondamentaux de la personne ». En vertu de l'article 1^{er}, la finalité de la Convention d'Oviedo est de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité et de garantir « à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ». L'intérêt et le bien-être de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la médecine³⁸⁷.

Différentes dispositions sont prises et à titre d'exemple sur la recherche sur les embryons, l'alinéa 2 de l'article 18 prévoit que « la constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite ». De surcroît, en ce qui concerne le prélèvement d'organes ou de tissus sur des donneurs vivants, ce dernier « ne peut être effectué sur un donneur vivant que dans l'intérêt thérapeutique du receveur et lorsque l'on ne dispose pas d'organe ou de tissu appropriés d'une personne décédée ni de méthode thérapeutique alternative d'efficacité comparable »³⁸⁸. Les différents protocoles additionnels précisent les règles qui s'appliquent en matière de clonage

³⁸⁶ D. THIERRY, « La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », RDSS 2012, p. 839.

³⁸⁷ Conv. Oviedo, 4 avril 1997, art. 2.

³⁸⁸ Conv. Oviedo, 4 avril 1997, art. 19.

humain³⁸⁹, de transplantation d'organes et de tissus³⁹⁰, de recherche biomédicale³⁹¹ et d'utilisation des tests génétiques en matière médicale³⁹². La Convention d'Oviedo « représente une avancée à ce jour unique au monde »³⁹³ car il s'agit du seul dispositif international contraignant dans ces domaines, contrairement à la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, adoptée dans le cadre de l'UNESCO, le 15 octobre 2005 qui est une simple recommandation donc non juridiquement contraignante. La France a ratifié la Convention d'Oviedo le 13 décembre 2011, entrée en vigueur à compter du 1^{er} avril 2012, la loi française ne peut s'écarter des principes à valeur supra-législative. Cette ratification « apparaît comme le signe d'un engagement ferme de respecter la dignité humaine »³⁹⁴.

De cet encadrement fixé par le Conseil de l'Europe, il ressort une jurisprudence fournie de la Cour européenne des droits de l'homme. Certaines décisions de la Cour européenne font même une référence directe à la Convention d'Oviedo. C'est le cas notamment de l'affaire *Vo contre France*³⁹⁵, de l'affaire *Glass contre Royaume-Uni*³⁹⁶, de l'affaire *Costa et Pavant contre Italie*³⁹⁷ ou encore de l'affaire *Lambert et autres contre France*³⁹⁸. La dernière affaire citée fait référence aux articles 1, 5, 6 et 9 de la Convention d'Oviedo. L'article premier dispose que les parties « protègent l'être humain dans sa dignité ». L'article 5 est relatif à la nécessité du consentement de la personne à une intervention dans le domaine de la santé. L'article 6 précise que si la personne n'est pas en capacité de consentir, l'intervention ne doit être autorisée que si elle a un bénéfice direct pour la personne. Enfin, l'article 9 fait référence à la prise en compte des souhaits exprimés par la personne avant l'intervention, lorsqu'elle n'est pas en état d'exprimer sa volonté.

Il existe donc une véritable volonté internationale de limiter les dérives liées à l'évolution considérable des sciences médicales. Cette limitation passe par l'édition de principes. Celui au

³⁸⁹ Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, Paris, 12 janvier 1999.

³⁹⁰ Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Strasbourg, 24 janvier 2002.

³⁹¹ Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'homme et la biomédecine, Strasbourg, 25 janvier 2005.

³⁹² Protocole additionnel à la Convention pour la protection des Droits de l'homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, Strasbourg, 27 novembre 2008.

³⁹³ D. THIERRY, *op.cit.*, p. 839.

³⁹⁴ A. MIRKOVIC, « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », D. 2012, p. 110.

³⁹⁵ CEDH, n° 53924/00, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, §35.

³⁹⁶ CEDH, n° 61827/00, 9 mars 2004, *Glass c/ Royaume-Uni*, §58.

³⁹⁷ CEDH, n° 54270/10, 28 août 2012, *Costa et Pavant c/ Italie*, §21.

³⁹⁸ CEDH, gr. ch., n° 46043/14, 5 juin 2015, *Lambert et autres c/ France*, §59.

cœur des préoccupations biomédicales n'est autre que le principe de dignité de l'être humain. Les sources supra législatives tentent de contrecarrer le phénomène de médicalisation en le bornant. Néanmoins, bien que la Convention d'Oviedo ait une valeur supérieure aux lois nationales, il n'en demeure pas moins que son impact est limité et qu'elle n'entraîne pas des changements significatifs en droit français. En effet, les principes posés par ladite Convention ne sont qu'un minimum éthique, ce qui laisse une marge d'interprétation pour les Etats signataires. A titre d'exemple, en ce qui concerne l'embryon, l'article 18 prévoit que la recherche est autorisée et que la loi « assure une protection adéquate de l'embryon ». Toutefois, aucune définition exacte n'est donnée à ce qu'il faut entendre par « protection adéquate ». En édictant des principes qui ont une valeur éthique, la Convention d'Oviedo n'a alors que peu d'impact sur la législation nationale.

La consécration de nouvelles règles a pour conséquence de donner naissance à de nouvelles incriminations. C'est bien l'évolution même des sciences médicales qui engendre des risques et de fait, de nouveaux faits répréhensibles. Cette volonté de limiter les dérives résulte également du développement de sources infra-législatives.

2) Les sources infra-législatives

142. La création de l'agence de la biomédecine. La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, a créé l'agence de la biomédecine dans le but de pallier les insuffisances de la commission nationale de médecine et biologique de la reproduction et du diagnostic prénatal créé par la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994³⁹⁹. Le décret n° 2005-420 du 4 mai 2005 relatif à l'Agence de la biomédecine et modifiant le code de la santé publique précise ses missions et ses modalités d'organisation. On retrouve les dispositions relatives à cette dernière aux articles L. 1418-1 à L. 1418-7 du Code de la santé publique. L'Agence de la biomédecine se définit comme étant « une agence sanitaire de l'Etat, un établissement public, administratif et autonome dépendant exclusivement du ministère de la Santé »⁴⁰⁰.

143. Les missions de l'agence de la biomédecine. En vertu de l'article L. 1418-1 du Code de la santé publique, cette agence est compétente « dans les domaines de la greffe, de la reproduction, de l'embryologie et de la génétique humaines »⁴⁰¹. Ce même article fixe la liste

³⁹⁹ CSP, art. L. 2113-1 et s., abr. par L. n° 2004-800, art. 2 VII.

⁴⁰⁰ G. FLEDMANN, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰¹ CSP, art. L. 1418-1, al. 2.

de ses missions. Ces dernières sont notamment de participer à l'élaboration de la réglementation, de fixer des règles de bonnes pratiques, de formuler des recommandations pour les activités relevant de sa compétence⁴⁰². Ou encore, l'agence assure une information permanente du Parlement et du Gouvernement sur le développement des connaissances⁴⁰³, elle promeut la recherche médicale et scientifique⁴⁰⁴ mais aussi contrôle les activités médicales et biologiques⁴⁰⁵. De plus, elle délivre des autorisations et agréments aux praticiens habilités à procéder à des examens des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par empreintes génétiques à des fins médicales⁴⁰⁶. Par ailleurs, elle exerce un rôle consultatif car elle délivre des avis aux autorités administratives pour les activités qui relèvent de sa compétence⁴⁰⁷. En effet, elle doit « donner des avis sur saisine des académies ou des sociétés savantes médicales ou scientifiques, des associations agréées ayant une activité dans le domaine de la qualité de la santé et de la prise en charge des malades et des commissions chargées des affaires sociales de l'Assemblée nationale et du Sénat »⁴⁰⁸.

Il s'agit d'une source infra-législative car ses décisions ont un pouvoir réglementaire. De même, ses expertises sont connues et reconnues mais pour autant, elle n'a pas vocation à prendre position⁴⁰⁹. Cependant, cette agence précise et informe sur les règles éthiques mais n'a pas un réel impact sur l'action du législateur dans la création des normes pénales. A l'inverse, elle veille à informer sur les prévisions de la loi.

On comprend que dans le domaine de la bioéthique, la seule compétence du législateur n'est pas suffisante. L'intervention d'autres sources que des sources légales est nécessaire dans le but d'encadrer au mieux les évolutions médicales. C'est d'autant plus marquant qu'à côté des sources extra-légales juridiques on a des sources extra-légales éthiques.

⁴⁰² CSP, art. L. 1418-1, al. 2, 1°.

⁴⁰³ CSP, art. L. 1418-1, al. 2, 2°.

⁴⁰⁴ CSP, art. L. 1418-1, al. 2, 3°.

⁴⁰⁵ CSP, art. L. 1418-1, al. 2, 4°.

⁴⁰⁶ CSP, art. L. 1131-3.

⁴⁰⁷ CSP, art. L. 1418-1, al. 2, 12°.

⁴⁰⁸ J-R BINET, *op.cit.*, p. 95.

⁴⁰⁹ G. FLEDMANN, *op. cit.*, p. 37.

B. Les sources extra-légales éthiques

144. L'importance de l'éthique dans le domaine de la bioéthique. L'éthique tient une place toute particulière dans le domaine de la bioéthique car les questions qu'il soulève s'intéressent de manière générale à la notion de dignité. La dignité de l'être humain étant en cause, les seules sources juridiques ne seraient pas suffisantes afin d'encadrer les avancées en cause. Dès lors, le législateur connaît l'influence de différentes sources éthiques. En premier lieu on retrouve le rôle fondamental du Comité consultatif national d'éthique (1) et en second lieu le rôle des comités internationaux (2).

1) **Le rôle fondamental du Comité consultatif national d'éthique**

145. Le champ de compétence du Comité consultatif national d'éthique (CCNE). Le CCNE a été créé par décret⁴¹⁰ le 23 février 1983 par le Président de la République François Mitterrand. Il s'agit d'une institution permanente chargée d'éclairer les progrès de la science, de soulever des enjeux de société nouveaux et de poser un regard éthique sur ces évolutions. Ce comité a été créé à une époque où les pratiques biomédicales étaient en plein essor, impliquant ainsi des questions éthiques. Le CCNE intervient dans différents domaines tels que l'assistance médicale à la procréation, l'expérimentation sur l'homme, la recherche sur l'embryon, l'accès à l'information génétique, les neurosciences ou encore le statut des éléments du corps humain. Le CCNE aide à l'élaboration et à l'évolution de l'encadrement juridique des pratiques biomédicales⁴¹¹. Plus largement, l'article L. 1412-1 du Code de la santé publique dispose que « Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans le domaine de la biologie, de la médecine et de la santé ». Le soutien du CCNE dans l'amélioration de l'encadrement juridique passe par les avis qu'il rend dans ses différents domaines de prédilection. Dans un souci de limiter les dérives inhérentes aux évolutions médicales, il ne faut pas dénier l'importance de ce comité qui rend des avis complets sur les innovations médicales, leurs effets, leurs dangers et les questions qu'elles posent tant philosophiquement, sociologiquement que juridiquement.

⁴¹⁰ Décr. n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé ; JO 25 février 1983.

⁴¹¹ J-R BINET, *op.cit.*, p. 99.

146. La consécration de la pluridisciplinarité dans l'élaboration de la loi. On retrouve une nécessaire pluridisciplinarité, une collaboration entre le droit et le CCNE dans l'élaboration de la norme pénale. Cette pluridisciplinarité dans l'élaboration de la norme est même prévue légalement. En effet, l'article L. 1412-1-1 du Code de la santé publique prévoit que « Tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous formes d'états généraux. Ceux-ci sont organisés à l'initiative du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, après consultation des commissions parlementaires permanentes compétentes et de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques [...] A la suite du débat public, le comité établit un rapport qu'il présente devant l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, qui procède à son évaluation, en faisant ressortir les éléments scientifiques indispensables à la bonne compréhension des enjeux de la réforme envisagée ». Les avis du CCNE sont alors obligatoires. Cette obligation se justifie au regard de la spécificité des questions soulevées par les évolutions médicales et biologiques. Cependant, bien qu'il doit y avoir un avis, le législateur peut ne pas en tenir compte, ce qui limite l'incidence du CCNE dans l'élaboration de la loi pénale.

Même si la création du CCNE avait pour vocation de jouer un rôle de premier ordre dans l'adaptation du droit pénal, certains comités internationaux tiennent une place subsidiaire.

2) Le rôle des comités internationaux

147. L'existence de différents comités. Pour commencer, le comité international de la bioéthique (CIB) est une instance de l'UNESCO créé en 1993. Son rôle est d'encadrer les progrès des recherches dans les sciences de la vie et leurs applications en veillant au respect de la dignité et de la liberté de la personne humaine. Les tâches principales du CIB sont de favoriser la réflexion sur les enjeux éthiques et juridiques des recherches dans les sciences de la vie, d'encourager l'échange d'idées et d'information, d'encourager des actions de sensibilisation de l'opinion, de coopérer avec les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales concernées par les questions posées par la bioéthique et de contribuer à la diffusion des principes énoncés dans les Déclarations de l'UNESCO en matière de bioéthique.

Ensuite, le comité de bioéthique du Conseil de l'Europe a pour but d'adopter des recommandations dans le domaine de la bioéthique. Il a notamment participé à l'élaboration de la Convention d'Oviedo. C'est le principe de dignité qui est au cœur de ses préoccupations.

Enfin, le groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE) veille à ce que les progrès ne portent pas atteinte aux valeurs fondamentales et à la dignité humaine.

La création de ces différents comités renvoie au problème soulevé par l'impact de la Convention d'Oviedo sur l'édiction de normes pénales. En effet, ces derniers connaissent une mission essentiellement d'encouragement et d'information. Même si le principe de dignité est placé au cœur de leurs préoccupations, il n'en demeure pas moins qu'ils n'ont qu'une influence relative sur le droit pénal. Le travail du législateur n'est pas directement impacté par le travail de ces comités dans la mesure où ils permettent de réfléchir sur des questions éthiques. Le législateur n'a pas l'obligation légale de prendre en considération les recommandations ou avis dans l'élaboration de la loi pénale. Malgré la difficulté à suivre les avancées de la science, le législateur pénal a quand même été en mesure d'édicter de nouvelles incriminations dans le but de brider évolutions médicales, rendant alors les professionnels de santé susceptibles d'être responsables pénalement s'ils ne respectent pas les prescriptions fixées par la loi.

Section 2 : Le renouvellement des incriminations pénales

148. L'encadrement des évolutions médicales. L'encadrement légal des évolutions médicales se traduit par un encadrement pénal mais aussi un encadrement civil puisque le Code civil aux articles 16 à 16-8 traite de la bioéthique et donc de la responsabilité civile⁴¹². Parallèlement à cet encadrement civil, avec l'adoption des différentes lois relatives à la bioéthique, des principes et incriminations propres aux évolutions médicales ont vu le jour. Pourrait-on parler d'un droit pénal de la bioéthique ? La bioéthique serait-elle une nouvelle branche du droit ? La spécificité des évolutions médicales engendre de nouvelles infractions. Il existe un encadrement pénal des évolutions médicales avec des incriminations générales (I) et des incriminations spéciales (II).

⁴¹² J. SAISON, « Responsabilité médicale », Revue générale de droit médical, 2021, vol. 79, p. 237.

I. Les incriminations générales

149. L'intervention du droit pénal spécial. Le droit pénal spécial « a pour objet de définir les diverses infractions particulières en décrivant leurs éléments constitutifs, les peines qui leur sont applicables et éventuellement les règles spécifiques de procédure ou de fond auxquelles elles sont soumises »⁴¹³. Le législateur a édicté de nouvelles incriminations qui prennent en considération les évolutions médicales, les sciences médicales sont donc bien créatrices de nouveaux comportements susceptibles d'être qualifiés d'infractions. En prenant en compte le découpage du Code pénal, on remarque que législateur créé des infractions pour la protection de la personne humaine et des infractions spécifiques en matière de biomédecine.

Le progrès médical est permis par des investigations centrées sur l'homme et il en existe deux formes, ce qui donne naissance à l'incrimination de la sélection de l'homme (A) et à l'incrimination de l'instrumentalisation de l'homme (B).

A. L'incrimination de la sélection de l'homme

150. La sélection génétique. Le dictionnaire Larousse définit la sélection comme « l'action de choisir les personnes ou les choses qui conviennent le mieux ». Dans le domaine de la biomédecine, la sélection passe par la génétique. En effet, les avancées biologiques et médicales permettent de sélectionner les êtres humains en fonction de leurs caractéristiques génétiques. La génétique tient une place maîtresse en termes de sélection de l'homme. « Un tri » entre les hommes est opéré au détour de deux pratiques majeures depuis longtemps controversées, les pratiques eugéniques et le clonage (1), donnant naissance à des infractions spécifiques en matière de sélection de l'homme (2).

1) Les pratiques eugéniques et le clonage

151. Les définitions liminaires. Le terme eugénisme « désigne la doctrine philosophique et scientifique qui a pour but une (hypothétique, voire utopique) amélioration de l'espèce humaine, alors que l'« eugénique » est le terme désignant les progrès techniques accomplis dans ce domaine »⁴¹⁴. Les pratiques eugéniques visent à sélectionner les êtres humains (a). Le

⁴¹³ F. DESFORGES, F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 7.

⁴¹⁴ C. KOUPERNIK, « Eugénisme et psychiatrie », *Annales Médico-psychologiques*, vol. 159, février 2001, p. 16.

clonage quant à lui répond à l'impératif selon lequel, ce qui est génétiquement et biologiquement possible doit être réalisé⁴¹⁵. Les avancées en matière de connaissance de l'homme motivent les scientifiques à toujours repousser les frontières du vivant. Il conviendra alors d'étudier plus en détail le clonage reproductif en raison de ses spécificités (*b*).

a) Les pratiques eugéniques

152. Les origines de l'eugénisme. Le mot eugénisme a une résonance particulière en ce qu'il « éveille en nous la conscience d'un risque d'une participation active, consciente ou non, et d'une complicité de la médecine et de la science à un processus d'élimination de ce qui, pour des raisons diverses, est considéré comme un risque, une défaillance, une anormalité, un trouble pour la société »⁴¹⁶. L'eugénisme est fondé en 1883 par Sir Francis Galton qui met en place un « programme de sélection artificielle pour produire une race d'homme améliorée par un contrôle des mariages et des naissances »⁴¹⁷. La France a connu aussi l'eugénisme avec la théorie de la dégénérescence de Morel en 1857, reprise plus tard par Magnan en 1895. C'est le psychiatre Edouard Toulouse (1865-1947) qui a soutenu l'action eugéniste. Sous l'influence des deux prix Nobel français, Alexis Carrel et Charles Richet, l'eugénisme a fait l'objet d'une évolution inquiétante. Leur attitude a eu pour conséquence la suppression, sous l'Occupation, des malades mentaux et criminels qu'ils surnommaient les « tarés » et les « inutiles ». Elle se concrétisait par la mort de malades mentaux et de criminels, mort dite à l'époque « douce » (à savoir mort de faim) de plus de 40 000 sujets entre 1940 et 1944⁴¹⁸.

L'acte de naissance de la bioéthique peut se lire dans le jugement de Nuremberg rendu contre les médecins nazis le 19 août 1947 tant l'abomination des crimes sanctionnés méritait un regard critique⁴¹⁹. Les camps créés par les nazis furent des lieux d'expérimentations médicales barbares et le régime nazi « avait mis en œuvre une politique eugénique de grande ampleur »⁴²⁰. A côté des pratiques mises en œuvre dans les camps de la mort, le régime nazi connaissait notamment aussi une politique sanitaire prévoyant la stérilisation de ceux souffrant

⁴¹⁵ A-L TSALA MBANI, « Le clonage humain ou le terrorisme ontologique », *Ethique & Santé*, vol. 3, décembre 2006, p. 209.

⁴¹⁶ M. GRASSIN, « Où commence l'esprit eugénique ? », *Ethique & Santé*, vol. 8, septembre 2011, p. 117.

⁴¹⁷ D. AUBERT-MARSON, « L'eugénisme : une idéologie scientifique et politique », *Ethique & Santé*, vol. 8, septembre 2011, p. 141.

⁴¹⁸ C. KOUPERNIK, *op. cit.*, p.14.

⁴¹⁹ G. MEMETEAU, « Le droit médical pendant la seconde guerre mondiale », *Médecine & Droit*, vol. 1996, septembre-octobre 1996, p. 23.

⁴²⁰ J-R BINET, *op.cit.*, p. 18.

des affections suivantes : faiblesse mentale congénitale, schizophrénie, épilepsie héréditaire, chorée héréditaire, malformation corporelle héréditaire grave, la surdité héréditaire, la cécité héréditaire ou encore alcoolisme grave. Pour prévoir l'application de ces dispositions, le régime avait mis en place des tribunaux d'expertises sanitaires héréditaires dans lesquels la responsabilité des médecins était prépondérante. Ces derniers décidaient et jugeaient l'état des personnes en ne se basant que sur une science raciale⁴²¹. C'est bien la parole et les recherches des médecins qui ont eu pour conséquences des dérives dans les pratiques eugéniques. Aujourd'hui, les dernières avancées médicales génèrent une crainte orientée vers les nouvelles voies de l'eugénisme.

153. Le développement de la médecine génomique. Le combat du médecin contre la maladie est un grand principe du serment d'Hippocrate. Dans cette lutte, la médecine moderne œuvre à supprimer les maladies infectieuses en éradiquant les agents pathogènes. C'est l'exemple de la variole qui a disparu de notre planète. La médecine s'intéresse aujourd'hui aux maladies génétiques humaines, sauf que, dans ce cas, pour éradiquer les anomalies chromosomiques et autres mutations génétiques, il faut directement s'intéresser aux sujets qui en sont porteurs. Une inquiétude sur un retour contemporain de l'eugénisme voit alors le jour⁴²².

Le développement de la médecine génomique n'est pas sans soulever des interrogations quant aux possibilités qu'offre cette spécialité. Selon le dictionnaire médical de l'Académie de médecine, l'analyse génomique permet l'étude « de la constitution génomique d'un individu, destinée à préciser, entre autres choses, son nombre de chromosomes, son degré de ploïdie ainsi que les particularités éventuelles de chacun des chromosomes différents qu'il possède ». En d'autres termes, il s'agit de la possibilité d'étudier l'ensemble du génome d'un individu, de connaître la totalité de sa séquence ADN⁴²³. Les recherches sur les données génétiques permettent d'espérer le développement d'une médecine toujours plus personnalisée pouvant aider : « la prévention par l'identification précoce des prédispositions génétiques ciblées actionnables voire de haute-dimensions, le diagnostic étiologique de maladies rares en diminuant le temps d'errance diagnostic, et l'établissement du pronostic de certains cancers, mais également pour la thérapeutique, par l'identification de facteurs prédictifs de l'efficacité

⁴²¹ A. OHAYON, « Les médecins hygiénistes français face à la politique raciale allemande. 1933-1939 », *L'Evolution psychiatrique*, vol. 66, avril-juin 2001, p. 349.

⁴²² P-O ARDUIN, « La France au péril d'un retour de l'eugénisme ? L'exemple du diagnostic prénatal de la trisomie 21 », *Ethique et Santé*, vol. 6, décembre 2009, p. 188.

⁴²³ B. SIMON-BOUY, O. CARON, « L'accès à la médecine génomique pour tous les patients : rêve ou réalité ? », *Gynécologie obstétrique Fertilité et Sénologie*, vol. 45, avril 2017, p. 187.

d'un traitement ciblé et/ou du risque d'effet indésirable médicamenteux »⁴²⁴. Bien que le plan France médecine génomique 2025 lancé en 2015 entend apporter une prévention contre notamment les maladies génétiques rares ou encore le cancer, il n'en demeure pas moins que les recherches effectuées sur l'embryon posent problème quant aux questions éthiques qu'elles soulèvent.

Il existe « un réel besoin d'information sur ce que sont ou ne sont pas les examens génétiques, leur portée et, plus généralement, sur le développement d'une médecine génomique. Une tension prévaut toutefois entre la crainte d'un eugénisme et la volonté de réduire la souffrance, entre les risques et les dérives possibles de l'application élargie de dépistages et leurs bénéfices reconnus ou attendus »⁴²⁵. « Cette évolution technique risque de faire passer d'une génétique dont l'objet central était d'expliquer la maladie, à une génétique dont l'objectif principal deviendrait la prédiction de cette maladie, avec le risque d'atteinte à la liberté que cela comporte dans un objectif de santé publique possiblement interventionniste »⁴²⁶. Le risque d'une telle avancée est de créer une discrimination, une stigmatisation des porteurs de ces mutations génétiques.

154. La contraception des personnes handicapées mentales. Par ailleurs, à la fin des années 1990, des milliers de personnes handicapées mentales en Europe ont été stérilisées, démontrant ainsi la persistance de dérives eugéniques⁴²⁷. En effet, des médecins ont reçu des demandes de stérilisation de familles ou d'institutions pour des personnes handicapées mentales, désireuses de fonder une famille dans la mesure où la mère ne serait pas capable de s'occuper de son enfant ou parce qu'il existerait un risque de transmission de la pathologie mentale⁴²⁸, impactant ainsi leur « droit à la sexualité »⁴²⁹. Ces demandes ont poussé les médecins à formuler des interrogations au Comité consultatif national d'éthique. Cependant, en vertu de l'alinéa premier de l'article 16-3 du Code civil, selon lequel « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre

⁴²⁴ B. LAVIOLLE, O. PERCHE, F. GUEYFFIER, « Apport de la génomique dans la médecine de demain, applications cliniques et enjeux », *Thérapies*, vol. 74, février 2019, p. 3.

⁴²⁵ CCNE, Avis 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019, 18 septembre 2018, p. 65.

⁴²⁶ CCNE, Avis 124, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, 21 janvier 2016, p. 9.

⁴²⁷ A. L. SIMONNOT, « Un enjeu éthique du XXI^e siècle : la question de l'eugénisme », *Annale Médico-psychologiques*, Vol. 159, Février 2001, p. 23.

⁴²⁸ CCNE, Avis 49, Avis sur la contraception chez les personnes handicapées mentales, 3 avril 1996, p. 4.

⁴²⁹ B. PY, « L'assistance sexuelle aux personnes handicapées : un service ? Un soin ? Un délit ? », *RDSS* 2011, p. 105.

exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui », il semble juridiquement inacceptable de soumettre une personne handicapée mentale à une stérilisation. De plus, le même article poursuit en disposant « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». En cas de pathologie mentale, il peut ne pas être aisé de recueillir le consentement de la personne donc la stérilisation reviendrait en un acte médical forcé, décidé avec l'aval des familles ou des institutions. Le CCNE préfère une contraception non irréversible que de soumettre les personnes handicapées mentales à cette pratique qu'il qualifie d'acte grave⁴³⁰. Par conséquent, « un équilibre doit, dès lors, être trouvé entre la prise en compte des préoccupations de l'entourage familial et institutionnel face au risque de grossesse et la nécessité de protéger la personne en situation de handicap mental contre une emprise des tiers sur son corps »⁴³¹. D'autres avancées médicales laissent penser que l'eugénisme connaît une nouvelle forme résultant des recherches faites sur l'embryon.

155. Les pratiques sur les embryons. Les données médicales permettent aujourd'hui d'effectuer l'analyse de l'embryon et du fœtus avec notamment le diagnostic prénatal⁴³², et le diagnostic préimplantatoire⁴³³. Par exemple, si le diagnostic prénatal révèle que le fœtus est porteur d'une maladie incurable d'une particulière gravité, l'interruption médicale de grossesse (IMG) pourra être proposée⁴³⁴. Afin d'éviter tout risque de stigmatisation, « le législateur n'a pas voulu répertorier les maladies pour lesquelles le couple est autorisé à réclamer une IMG »⁴³⁵. Une médecine prédictive voit le jour, travaillant à l'amélioration de l'existence. « De fait, à l'aune d'une médecine prédictive, l'inacceptable doit être envisagé et non plus envisageable et la tentation est grande, pour afficher une efficacité maximale, d'interrompre la gestation du malade potentiel via les interruptions médicales de grossesse (IMG) lorsque la maladie ne peut pas l'être [...] En évitant la naissance d'enfants porteurs de maladies héréditaires, une logique orthogénique est à l'œuvre. Plus *soft* dans son appellation, ce

⁴³⁰ CCNE, Avis 49, Avis sur la contraception chez les personnes handicapées mentales, 3 avril 1996, p. 11.

⁴³¹ S. CHASSAGNARD-PINET, « Le consentement de la personne en situation de handicap mental à la contraception », in *Sexualités, autonomie et handicap : freins et perspectives*, E. CARTIER, A. GIAMI, C. LEUZZI (dir.), Bordeaux, LEH Edition, coll. Actes et séminaires, 2018, p. 156.

⁴³² Il permet d'identifier pendant la grossesse des anomalies fœtales ou des maladies génétiques.

⁴³³ Il permet de détecter la présence d'anomalies génétiques ou chromosomiques dans les embryons conçus pour la fécondation *in vitro*.

⁴³⁴ Art. L 2213-1, al. 1, CSP, « L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

⁴³⁵ P-O ARDUIN, *op.cit.*, p. 189.

substantif remplace celui d'eugénisme toujours assimilé à la barbarie nazie corollaire d'un « eugénisme coercitif »⁴³⁶. Certains médecins estiment même que « l'IMG pour la trisomie 21 est bien devenue une pratique eugénique, et ce, avec un très large consensus social [...] l'IMG est devenue un instrument de tri des enfants à naître »⁴³⁷. Pour d'autres, le diagnostic prénatal est une pratique médicale qui n'a pas à être comparée à l'eugénisme qui est une idéologie, d'autant que l'IMG n'est pas imposée à la femme, que cette dernière est informée médicalement et qu'elle est strictement encadrée par la loi⁴³⁸.

Malgré tout, la « médicalisation à outrance »⁴³⁹ amène à se poser des questions tant juridiques, quant à leur encadrement, que des questions éthiques. De la même façon, les évolutions en termes de clonage reproductif posent aussi des interrogations.

b) Le clonage reproductif

156. La possibilité offerte de manipuler la nature humaine. Le clonage reproductif se définit comme la manipulation de « la nature humaine en portant atteinte à ses caractéristiques essentielles : son autonomie, son unicité, son identité et sa filiation en vue de satisfaire le phantasme narcissiste et l'illusion d'immoralité de certains parents, non sans la complicité des biologistes et des généticiens mus par l'axiomatique de l'intérêt »⁴⁴⁰. Scientifiquement, le clonage reproductif est « la production asexuée, à partir d'une cellule ou d'un organisme, d'entités biologiques génétiquement identiques à cette cellule ou à cet organisme »⁴⁴¹. Le premier clonage reproductif remonte au 5 juillet 1996 avec la naissance de Dolly, la première brebis clonée d'origine écossaise. Appliqué à l'être humain, le clonage reproductif serait le clonage d'une cellule somatique « prélevée sur un adulte ou un enfant, le résultat sera un enfant dont le génome chromosomique sera identique à celui de l'adulte ou de l'enfant d'origine [...] Dans tous les cas, si ces techniques étaient appliquées, un ou des enfants seraient produits par reproduction asexuée, comme des copies chromosomiquement identiques entre elles et à

⁴³⁶ M-C LENEVEU, « Médecine prédictive et santé parfaite : d'une visée salutaire à une visée eugénique... », *Ethique & Santé*, vol. 6, décembre 2004, p. 195.

⁴³⁷ O. MONTAZEAU, J. BENOIT, « A propos de la clause de conscience », *Les dossiers de l'Obstétrique*, vol. 35, novembre 2011, pp. 3-8.

⁴³⁸ B. SIMON-BOUY, J-L SERRE, « Le diagnostic prénatal n'est pas de l'eugénisme », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 43, avril 2015, p. 264.

⁴³⁹ M-C LENEVEU, *op.cit.*, p. 196.

⁴⁴⁰ A-L TSALA MBANI, *op.cit.*, p. 208.

⁴⁴¹ A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain », *JCP* 2004, I, p. 172.

l'organisme d'origine »⁴⁴². Cette avancée génétique et biologique posait alors la question de la possibilité d'étendre le clonage à l'homme. Les possibilités, dignes d'un scénario surréaliste, pourraient permettre « la fabrication d'un ou plusieurs clones, adultes ou enfants, qui seraient destinés à servir de réservoirs d'organes transplantables. Ceci constituerait, au sens propre, un renouvellement de pratiques antiques de sacrifice humain »⁴⁴³.

« Dans la nature, la reproduction asexuée est observée dans le règne végétal et chez certains animaux invertébrés : elle donne naissance à des individus génétiquement semblables. Au contraire, la reproduction sexuée produit des individus qui sont génétiquement tous différents. Cette diversité, qui est la source de l'évolution de la sélection naturelle, a une telle importance qu'on la trouve chez presque tous les animaux vers, insectes et vertébrés. Depuis plusieurs décennies, pour comprendre les mécanismes du développement précoce et de la différenciation cellulaire, les biologistes ont cherché à réaliser des expériences de reproduction asexuée chez les vertébrés, d'abord des amphibiens, puis des mammifères »⁴⁴⁴. Ces propos illustrent tout à fait les expériences en termes de clonage. Le clonage tend à remettre en cause l'essence même de l'être humain qui a une reproduction sexuée. Cette avancée scientifique pouvant avoir une visée médicale porte atteinte à l'identité, l'autonomie, l'unicité, la filiation et la sexualité tant biologique que psychique. Alors que le clonage reproductif vise à reproduire un être vivant, le clonage thérapeutique vise à reproduire des cellules à des fins médicales.

2) Les infractions spécifiques en matière de sélection de l'homme

157. La prise en compte de la gravité des évolutions. Toutes les évolutions médicales ne comportent pas les mêmes risques et surtout ces risques ne sont pas tous de la même gravité. La gravité en droit pénal se lit au travers de la classification tripartite des infractions⁴⁴⁵. Le législateur, respectueux de la légalité, a pris en considération cette gravité afin de classer les différentes infractions en matière de sélection de l'homme. Les plus graves relèvent de la qualification pénale de crimes contre l'espèce humaine (*a*) et les secondes de la mise en danger de la personne (*b*).

⁴⁴² H. ATLAN, « Possibilités biologiques, impossibilités sociales », in *Le clonage humain*, H. ATLAN, M. AUGE, M. DELMAS-MARTY, R-P DROIT, N. FRESCO (dir.), Paris, Seuil, 1999, p. 23.

⁴⁴³ H. ATLAN, *ibid.*, p. 31.

⁴⁴⁴ CCNE, Avis 54, Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif », 22 avril 1997, p. 1.

⁴⁴⁵ Art. 111-1, Code pénal, « Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions ».

a) Les crimes contre l'espèce humaine

158. Le choix de différencier l'humanité et l'espèce humaine. Face aux progrès de la biomédecine, les lois dites de bioéthique du 29 juillet 1994 ont fait entrer en droit civil et droit pénal le principe d'intégrité de l'espèce humaine⁴⁴⁶. Ces lois font apparaître la nécessité « d'appréhender l'homme dans sa globalité, y compris dans son identité génétique, et de se prémunir contre des manipulations qui pourraient affecter les caractéristiques mêmes de l'espèce humaine »⁴⁴⁷. Cependant, que ce soit les lois de 1994 ou la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et faisant entrer les crimes contre l'espèce humaine dans le Code pénal, aucune ne définit ce qu'est l'espèce humaine. Dans le découpage du Code pénal on remarque qu'une différence est faite entre les crimes contre l'humanité et les crimes contre l'espèce humaine. Pour autant, ces deux formes de crimes se trouvent dans le même titre s'intitulant « Des crimes contre l'humanité et l'espèce humaine ». Pourquoi donc avoir eu la volonté de différencier l'espèce humaine et l'humanité ?

D'une part, l'espèce humaine renvoie au processus d'évolution biologique aboutissant à l'émergence d'une seule espèce humaine, il s'agit d'un processus unificateur, conduisant à l'universalisme. D'autre part, l'humanité renvoie au processus d'évolution culturelle, il s'agit d'un processus diversificateur conduisant au relativisme⁴⁴⁸. Les progrès de la biomédecine génèrent un pouvoir de création et de transformation de la vie humaine, ce qui a pour risque une potentielle déshumanisation. Par conséquent, l'humanité n'est plus seulement menacée par les destructions et persécutions, ce qui a entraîné un mouvement de pénalisation des comportements attentatoires au vivant⁴⁴⁹. C'est cette possibilité biomédicale de création et de transformation de la vie humaine qui différencie les crimes contre l'humanité et l'espèce humaine. Dans les crimes contre l'espèce humaine on prend en considération les évolutions relatives au génome humain, il y a une volonté de se saisir des évolutions scientifiques.

D'autres différences existent encore entre ces deux formes de crime. En effet, contrairement aux crimes contre l'humanité, les crimes contre l'espèce humaine n'ont pas une définition à l'échelle internationale, ce ne sont pas des crimes internationaux⁴⁵⁰. Egalement, les

⁴⁴⁶ M-P PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », D. 2005, p. 865.

⁴⁴⁷ Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le code civil, présenté par Michel Sapin, Assemblée nationale, 25 mars 1992, n° 2599, exposé des motifs.

⁴⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », RSC 2012, p. 495.

⁴⁴⁹ L. NEYRET, « La transformation du crime contre l'humanité », in *Le crime contre l'humanité*, 3^{ème} éd., M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA, L. NEYRET (dir.), Paris, Que sais-je ?, 2018, pp. 80-81.

⁴⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », RSC 1994, p. 477.

crimes contre l'espèce humaine ne nécessitent pas une attaque généralisée. Par ailleurs, ils ne sont pas imprescriptibles. En revanche, si l'on s'attarde aux valeurs sociales protégées, il en ressort que les crimes contre l'humanité et les crimes contre l'espèce humaine visent à protéger la personne humaine et la dignité⁴⁵¹. Parmi les crimes contre l'espèce humaine on retrouve l'incrimination des pratiques eugéniques et l'incrimination du clonage reproductif.

159. L'incrimination des pratiques eugéniques et du clonage reproductif. Le crime d'eugénisme est présent à l'article 214-1 du Code pénal qui dispose « Le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende ». La loi du 6 août 2004 aggrave la peine qui était à l'origine de vingt ans de réclusion criminelle. Le crime d'eugénisme est étendu aussi bien à l'eugénisme négatif qu'à l'eugénisme positif. « D'une part il s'agit de réprimer l'eugénisme négatif qui consiste à rejeter en dehors de l'humanité les individus regardés comme inférieurs d'un point de vue racial, ethnique ou génétique [...] D'autre part, le crime de l'article 214-1 du Code pénal peut prendre la forme d'un eugénisme positif. Celui-ci consisterait à créer des individus, perçu comme supérieurs en raison de certaines caractéristiques, notamment génétiques »⁴⁵².

L'incrimination du clonage reproductif se trouve à l'article 214-2 du Code pénal qui dispose « Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 € d'amende ». Dans cet article le législateur ne vise que le clonage reproductif qui est une infraction formelle et non le clonage thérapeutique. Même si les deux sont interdits en France, seul le clonage reproductif est un crime. Le clonage thérapeutique est lui considéré comme un délit en matière d'éthique médicale⁴⁵³. A côté des incriminations relatives à l'espèce humaine, les possibilités offertes de sélectionner l'être humain, ont amené à encadrer strictement l'avortement, créant ainsi des infractions en termes de mise en danger de la personne.

⁴⁵¹ L. NEYRET, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁵² *Ibid.*, pp. 83-84.

⁴⁵³ Art. 511-18-1, Code pénal, « Le fait de procéder à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».

b) La mise en danger de la personne

160. L'encadrement des dérives de l'avortement. La dépénalisation de l'avortement a abouti au vote la loi Veil en 1975⁴⁵⁴. Ce n'est donc plus la responsabilité pénale de la femme qui est en jeu mais celle du médecin, si ce dernier ne respecte pas les prescriptions légales en la matière. La pratique de l'IVG est donc encadrée pour éviter toute dérive. C'est surtout le consentement ou plutôt l'absence de consentement de la femme enceinte qui va engendrer la commission d'une infraction pénale. Le Code pénal, à l'article 223-10, prévoit que « L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ». Néanmoins, une question se pose, pourquoi avoir mis l'interruption illégale de grossesse dans les infractions de mise en danger de la personne ? Il faut comprendre que ce n'est pas l'intérêt de l'enfant à naître qui est visé par cette infraction mais bien celui de la mère, victime, car son consentement n'a pas été respecté. Cela étant, le traitement de l'interruption illégale de grossesse aurait pu rentrer dans les qualifications de violences mais le législateur a préféré « un cas de violences, spécialement incriminé, qui n'est pas à sa place parmi les infractions de mise en danger »⁴⁵⁵. Il s'agit d'une infraction intentionnelle, qui peut donc se rencontrer « lorsqu'un médecin, de sa propre initiative, profite d'une intervention de toute autre nature pratiquée sur une femme enceinte pour la faire avorter : il ne peut lui imposer d'interrompre sa grossesse, sous prétexte de la malformation du fœtus, dans une logique eugéniste »⁴⁵⁶.

Par ailleurs, l'article L. 2222-2 du Code de la santé publique punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende, l'interruption de la grossesse d'autrui lorsqu'elle est pratiquée après l'expiration du délai dans lequel elle est autorisée par la loi (sauf si elle est pratiquée pour un motif médical), lorsqu'elle est pratiquée par une personne n'ayant pas la qualité de médecin ou de sage-femme, lorsqu'elle se déroule dans un lieu autre qu'un établissement d'hospitalisation public ou qu'un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions par la loi, ou en dehors d'un cadre d'une convention conclue selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2. Le Code de la santé publique va encore plus loin en précisant que l'infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende si le coupable la pratique habituellement.

⁴⁵⁴ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

⁴⁵⁵ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 142.

⁴⁵⁶ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Paris, ellipses, coll. Cours magistral, 2016, p. 173.

En matière d'interruption illégale de grossesse, le législateur encadre cette pratique médicale en créant une infraction imputable à la personne qui la réalise sans respecter les prévisions légales. En plus des évolutions en matière de sélection de l'homme, le législateur a dû se confronter à celles en matière d'instrumentalisation de l'homme.

B. L'incrimination de l'instrumentalisation de l'homme

161. L'exploitation de l'homme par l'homme. La science a besoin du matériau humain pour évoluer. Dans le domaine de la santé, la science se sert nécessairement du corps humain afin d'avancer dans ses recherches. C'est pourquoi, il y a une exploitation de l'homme par l'homme, car l'être humain en vient à être considéré sous son angle utilitaire. Les évolutions médicales en matière d'instrumentalisation de l'homme, « expriment une volonté altruiste et répondent à un espoir de survie de personnes malades, sont, en effet, facteurs de progrès pour l'humanité »⁴⁵⁷.

En premier lieu, les évolutions médicales en matière d'instrumentalisation de l'homme peuvent engendrer des atteintes aux mineurs et à la famille (1) et en second lieu, elles peuvent créer des infractions en matière de santé publique (2).

1) Les atteintes aux mineurs et à la famille

162. Le désir d'être parent. Le désir d'être parent relève du droit au respect de la vie privée, du principe de non-discrimination sur le mode de conjugalité, le sexe et aussi l'orientation sexuelle. Il s'agit de droits et libertés fondamentaux que les personnes désireuses d'être parents invoquent. Cependant, certaines ne peuvent procréer en raison de problématiques de santé ou pas, ce qui peut engendrer une frustration voire un désespoir⁴⁵⁸. Désormais, la procréation charnelle n'est plus la seule possibilité. En effet, on a assisté au XXème siècle au développement de l'accès à la maternité (a), dont l'encadrement est nécessaire (b).

⁴⁵⁷ B. MATHIEU, *op.cit.*, p. 100.

⁴⁵⁸ D. IVORA-DELEUZE, « La gestation pour autrui au cœur du débat », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 38, avril 2010, p. 292.

a) L'accès à la maternité

163. Le développement de l'assistance médicale à la procréation. A partir des années 1970, le travail de nombreux chercheurs, conduit d'abord sur des animaux, a mis en lumière les secrets de la procréation. « La compréhension des mécanismes et la mise au point progressive de techniques allant de l'insémination artificielle à la congélation des spermatozoïdes, permirent sinon de la guérir, du moins d'apporter un remède à l'infécondité dans la plupart des cas »⁴⁵⁹, l'infertilité étant un problème de santé publique en France⁴⁶⁰. Le premier « bébé éprouvette », Louise Brown, est née en 1978 en Angleterre grâce aux recherches du Professeur Edward, ce qui lui vaudra un prix Nobel de Médecine en 2010. C'est en 1982, avec l'équipe du Professeur Frydman, que le premier « bébé éprouvette » français, Amandine est né⁴⁶¹. L'infécondité n'apparaît donc plus comme une fatalité. Les évolutions médicales offrent aujourd'hui différentes possibilités dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation (AMP).

En vertu de l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique, l'AMP « s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle ». Et selon l'article L. 2141-2 du même Code, « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ».

Parmi les différentes techniques, on retrouve principalement l'insémination intra-utérine, de la fécondation *in vitro* (FIV). La FIV comprend la FIV dite classique, la FIV avec micro-injection du spermatozoïde et le transfert d'embryon congelé⁴⁶². L'évolution des connaissances médicales et la sophistication des techniques ont considérablement développé l'AMP. En effet, l'essor des nouvelles technologies telles que la cryobiologie⁴⁶³, et la biologie moléculaire offrent aujourd'hui une large perspective d'amélioration des performances de ces différentes

⁴⁵⁹ J-R BINET, *op.cit.*, p. 171.

⁴⁶⁰ G. ROBIN, « Bilan avant assistance médicale à la procréation : le versant féminin », *Revue Francophone des Laboratoires*, vol. 2018, juillet-août 2018, p. 36.

⁴⁶¹ J. BELAISCH-ALLART, J. BUXERAUD, « Assistance médicale à la procréation, techniques et protocoles », *Actualités Pharmaceutiques*, vol. 56, novembre 2017, p. 30.

⁴⁶² J. BARBERET, L. BOUCRET, P. FAUQUE, P. MAY-PANLOUP, « Assistance médicale à la procréation : techniques actuelles et nouveaux horizons », *Revue Francophone des Laboratoires*, vol. 2018, juillet-août 2018, p. 43.

⁴⁶³ Il s'agit de l'étude à très basses températures des phénomènes biologiques ainsi que la conservation des substances biologiques à très basses températures.

pratiques⁴⁶⁴. Il existe une autre « variété d'assistance médicale à la procréation »⁴⁶⁵, la gestation pour autrui (GPA).

164. La gestation pour autrui. La GPA, « consiste à faire porter à une femme un embryon destiné à une autre femme, ou à un couple dont elle ne fait pas partie »⁴⁶⁶. Cette question se pose face au droit subjectif d'avoir un enfant et aux souffrances des personnes qui ne peuvent accéder à la maternité. Cette pratique a connu diverses appellations, « procréation pour autrui », « mères porteuses » ou encore « maternité de substitution ». Mais la nouvelle terminologie de « gestation pour autrui » s'est imposée « parallèlement à une évolution de la pratique médicale dans ce domaine »⁴⁶⁷.

La question de la GPA n'est pas nouvelle. En effet, « Abraham confronté à la stérilité de Sarah y eut recours pour obtenir un enfant de sa servante Agar. Le petit Ismaël devait ensuite voir naître du ventre de Sarah redevenue fertile son demi-frère Isaac »⁴⁶⁸. C'est dans les années 1980 que les premières initiatives de maternité de substitution sont apparues en France, organisées par des associations maintenant interdites⁴⁶⁹, « mettant en relation des couples infertiles et des femmes susceptibles, après insémination par le sperme du conjoint, de mener à bien la grossesse et de remettre l'enfant à sa naissance [...], la mère porteuse était donc à la fois génitrice et gestatrice et la mise en œuvre de la technique ne nécessitait pas d'intervention médicale »⁴⁷⁰.

Désormais, la GPA recouvre diverses pratiques médicales avec quand même, pour point commun, le fait de faire porter à une femme un enfant pour le compte de quelqu'un d'autre. Finalement, « l'enfant peut être conçu *in vitro* à partir des gamètes du couple, ou à partir du sperme d'un donneur et de l'ovocyte d'une donneuse. Cette pratique permet ainsi à des couples dont la femme est dépourvue d'utérus mais qui a des gamètes fonctionnels, d'avoir un enfant qui est génétiquement relié au couple⁴⁷¹. La mère porteuse peut aussi porter l'enfant conçu après insémination avec le sperme du mari et de ses propres ovocytes. Dans tous les cas, il est prévu

⁴⁶⁴ P. MAY-PANLOUP, P. FAUQUE, « Assistance médicale à la procréation et biologie de la reproduction », *Revue Francophone des Laboratoires*, vol. 2018, juillet-août 2018, p. 27.

⁴⁶⁵ P. BICLET, « La gestation pour autrui », *Médecine & Droit*, vol. 2014, mars-avril 2014, p. 56.

⁴⁶⁶ B. MATHIEU, *op.cit.*, p. 115.

⁴⁶⁷ CCNE, Avis 110, « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA) », 1^{er} avril 2010, p. 3.

⁴⁶⁸ P. BICLET, *op.cit.*, pp. 56-57.

⁴⁶⁹ Civ, 1^{ère}, 13 décembre 1989, n° 88-15.655.

⁴⁷⁰ CCNE, Avis 110, « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA) », 1^{er} avril 2010, p. 3.

⁴⁷¹ B. BERTIER, E. RIAL-SEBBAG, A. CAMBON-THOMSEN, « 2004-2009 : révision de la loi de bioéthique en France, quels enjeux, quels débats ? Assistance médicale à la procréation, gestation pour autrui, transplantation », *Médecine & Droit*, vol. 2010, janvier-avril 2010, p. 45.

que l'enfant porté par cette femme soit remis aux demandeurs après sa naissance »⁴⁷². Il existe donc deux formes de maternité de substitution, la première, une femme prête son utérus et accueille l'embryon d'un autre couple dont la femme possède des ovaires mais pas d'utérus et une seconde dans laquelle l'ovocyte provient d'un don d'ovocyte et du sperme du conjoint du couple, le père est alors le seul parent génétique⁴⁷³. Avec ces possibilités médicales de GPA, on a bien une forme d'instrumentalisation de la femme car la mère porteuse est considérée sous son angle utilitaire. Pour éviter les dérives de cette pratique, il a fallu l'encadrer.

b) L'encadrement de l'accès à la maternité

165. La création d'une incrimination pour la protection de la personne humaine. La GPA pose des questions au regard du risque d'instrumentalisation du corps humain, dans la mesure où une personne va porter un enfant pour le compte d'autrui. Le corps de la femme est alors mis à disposition d'une tierce personne. Bien que la GPA soit autorisée dans d'autres pays, il s'avère que cette pratique va à l'encontre de certains principes en France. En effet, la GPA se heurte au principe essentiel d'indisponibilité de l'état des personnes, il s'agit alors d'une question d'ordre public⁴⁷⁴.

De plus, la GPA entre en contradiction avec des principes qui ont fondé les dons et prélèvements en France, à savoir le principe de l'anonymat car elle est inévitablement personnalisée et aussi contractualisée⁴⁷⁵. Le principe d'indisponibilité du corps humain se retrouverait aussi atteint avec le recours à cette pratique. Cependant, en contractualisant une grossesse les articles 16-1, 16-5 du Code civil s'en trouvent bafoués. Par ailleurs, le Code civil proscrit la GPA à l'article 16-7 qui dispose « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». L'article 16-9 quant à lui rappelle que les dispositions dont il est question sont d'ordre public. Etant des dispositions d'ordre public, le droit pénal s'est saisi de l'interdiction de la GPA dans son rôle de gardien de l'ordre public.

C'est plus précisément dans les dispositions relatives aux atteintes à la filiation qu'on retrouve l'incrimination de la GPA. Le premier alinéa de l'article 227-12 du Code pénal dispose

⁴⁷² J-R BINET, *op.cit.*, p. 174.

⁴⁷³ J. BELAISCH ALLART, « L'accès à l'Assistance médicale à la Procréation, la gestation pour autrui, l'homoparentalité », *Gynécologie Obstétrique et Fertilité*, vol. 40, août 2012, p. 6.

⁴⁷⁴ C. SIFFREIN-BLANC, « La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français », *D.* 14 avril 2011.

⁴⁷⁵ P. BICLET, *op.cit.*, p. 57.

« Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende ». La sanction est plus sévère lorsqu'il s'agit de faire l'entremetteur entre des personnes en vue d'accéder à une GPA car l'alinéa 2 du même article dispose « Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ». L'instrumentalisation du corps humain est clairement bannie et réprimée dans le cadre de la GPA.

166. La position de la jurisprudence. Dans une optique de « prohibition radicale »⁴⁷⁶ de la GPA, la Cour d'appel de Paris dans une décision du 25 octobre 2007 refusait de transcrire sur les registres français les actes de naissance de deux enfants issus d'une GPA pratiquée à l'étranger. Ensuite, à l'issue de trois arrêts, la Cour de cassation refusait de reconnaître les filiations établies à l'étranger, et par conséquent avait refusé de transcrire les actes de naissance à la suite de procédures de GPA⁴⁷⁷. Au-delà de réprimer pénalement la GPA, le droit français se refusait même à faire produire des effets juridiques à une GPA pratiquée à l'étranger. Cependant, dans une décision n° 367324 du 12 décembre 2014, le Conseil d'Etat reconnaissait des effets à la GPA en jugeant que « le contrat de gestation pour le compte d'autrui, bien qu'entaché de nullité au regard de l'ordre public français, ne saurait avoir pour conséquence de priver les enfants qui en sont issus de leur nationalité par filiation, sauf à porter atteinte de manière disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée tel que garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁴⁷⁸.

Par ailleurs, à la suite des condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁷⁹, en raison du refus par la France de transcrire sur les registres le lien de filiation du père biologique, en cas de GPA réalisée à l'étranger, la Cour de cassation a affirmé que « l'acte

⁴⁷⁶ M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARSEVAL, V. DEPADT-SEBAG, D. 28 février 2008.

⁴⁷⁷ Civ., 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053, D. 2011, p. 1064, entretien X. LABBEE ; AJ fam. 2011, p. 262, obs. CHENEDE et HAFEL et interview DOMINGO.

⁴⁷⁸ J. LEPOUTRE, « Nationalité par filiation et convention de mère porteuse », AJDA, 2015, p. 357.

⁴⁷⁹ CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11, LABASSEE c. France et n° 65192/11, MENNESSON c. France, Dalloz actualité, 30 juin 2014, art. T. COUSTET ; AJDA 2014. 1763, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; D. 2014. 1797, et les obs., note F. CHENEDE ; *ibid.* 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *ibid.* 1806, note L. d'AVOUT ; *ibid.* 2015. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 755, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* 1007, obs. REGINE ; *ibid.* 1056, obs. H. GAUDEMMENT-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; AJ fam. 2014. 499 ; *ibid.* 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; Rev. crit. DIP 2015. 1, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; RTD civ. 2014. 616, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 835, obs. J.-P. MARGUENAUD.

de naissance établi à l'étranger peut être transcrit sur les registres de l'état civil français, en ce qu'il désigne le père biologique comme le père de l'enfant »⁴⁸⁰. Toutefois, à l'issue d'arrêts rendus le 20 mars 2019⁴⁸¹, la Cour de cassation, dans sa demande d'avis consultatif à la Cour européenne relève que « si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même pour celle de la « maternité d'intention », pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats signataires de la convention »⁴⁸². La question de la filiation de la maternité d'intention n'était toujours pas résolue en France car « la jurisprudence française refuse la transcription des actes de l'état civil établis à l'étranger, en ce qu'ils désignent comme mère de l'enfant une femme qui n'est pas celle qui a accouché. Pour compenser ce refus de transcription et ménager le droit au respect de la vie privée de l'enfant, la haute juridiction a néanmoins ouvert la voie de l'adoption pour l'établissement de la filiation de la mère d'intention à l'égard de l'enfant, ce qui implique néanmoins que celle-ci soit mariée avec le père juridique »⁴⁸³.

Le 4 octobre 2019, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation⁴⁸⁴, a retenu une toute autre décision dans l'affaire dite des jumelles Mennesson. En l'espèce, un couple avait procédé à une GPA à l'étranger. L'épouse n'avait pas donné ses ovocytes donc seul l'époux était le parent biologique des jumelles. Après une longue bataille juridique de dix-neuf années, l'épouse a enfin obtenu la reconnaissance de la filiation des jumelles. Dans cette affaire, il est fait application du principe de proportionnalité au regard des dix-neuf années qui se sont écoulées et donc la préservation de l'intérêt supérieur des deux jeunes femmes. Il s'agit de l'obtention de la filiation avec la mère d'intention, à savoir l'épouse Mennesson. L'Assemblée plénière a donc rendu une décision exceptionnelle en matière de GPA. La Cour de cassation estime néanmoins que pour les GPA réalisées à l'étranger, « le lien avec la mère d'intention doit être

⁴⁸⁰ Civ., 1re, 5 juill. 2017, nos 15-28.597 et 16-50.025, Dalloz actualité, 6 juill. 2017, art. T. COUSTET ; D. 2017. 1737, communiqué C. cass., note H. FULCHIRON ; *ibid.* 1727, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *ibid.* 2018. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 641, obs. M. DOUCHY-OUODOT ; *ibid.* 765, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; AJ fam. 2017. 482, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

⁴⁸¹ Civ., 1^{ère}, 20 mars 2019, n° 18-11.815 et, n° 18-50.006 ; Civ., 1^{ère}, 20 mars 2019, n° 18-14.751 et n° 18-50.007.

⁴⁸² Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, Dalloz actualité, 10 oct. 2018, art. T. COUSTET ; D. 2011. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *ibid.* 1001, édito. F. ROME ; *ibid.* 1064, entretien X. LABBEE ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1995, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *ibid.* 2012. 308, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; AJ fam. 2011. 262, obs. F. CHENEDE ; *ibid.* 265, obs. B. HAFTEL ; *ibid.* 266, interview M. DOMINGO ; AJCT 2011. 301, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; Rev. crit. DIP 2011. 722, note P. HAMMJE ; RTD civ. 2011. 340, obs. J. HAUSER.

⁴⁸³ M. COTTET, « Parenté d'intention : quand l'avis de la CEDH se fait attendre », D. 8 avril 2019.

⁴⁸⁴ Cas. ass. plén., 4 octobre 2019, n° 10-19.053 ; RTD civ. 2019. 841, obs. A-M LEROYER ; RTD civ. 2019. 817, obs. J-P MARGENAUD ; AJ fam. 2019. 133, obs. J. HOUSIER.

établi en privilégiant un mode de reconnaissance qui permette au juge français de contrôler la validité de l'acte », à savoir que l'adoption répond au mieux à cette exigence. Cependant, étant donné la spécificité de l'affaire, la Cour de cassation retient qu'une telle formalité « porterait une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants ».

Même si la GPA peut produire des effets juridiques lorsqu'elle a été effectuée à l'étranger, il n'en demeure pas moins qu'elle reste une infraction pénale au regard du droit français. Cependant, une autre difficulté voit le jour, à savoir l'inefficacité de la répression de la GPA devant les juridictions françaises. En effet, étant interdite en France, la GPA est plus généralement pratiquée à l'étranger, donc les éléments constitutifs de l'infraction sont commis à l'étranger. Par conséquent, la seule solution offerte aux juridictions françaises serait de prendre en compte le principe de la personnalité active comme le prévoient les règles d'application de la loi pénale dans l'espace, pour pouvoir réprimer les GPA effectuées à l'étranger. Néanmoins, pour pouvoir appliquer cette règle il faudrait que le délit commis par des français hors du territoire de la République soit également réprimé par le pays dans lequel il a été commis⁴⁸⁵. Cette condition de réciprocité n'est donc pas évidente à remplir dans la mesure où la GPA est autorisée dans d'autres pays. Par ailleurs, en cas de poursuite pour une GPA, cela irait également à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. En ce sens, l'encadrement pénal de la GPA semble difficile à mettre en œuvre en droit français et devient un texte à simple visée symbolique. En la matière, la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ajoute une phrase l'article 47 du Code civil et suit ainsi le raisonnement déjà adopté par la Cour de cassation. En effet, désormais la reconnaissance de la filiation réalisée à l'étranger est appréciée « au regard du droit français ». Autrement dit, en cas de GPA faite à l'étranger, la transcription de l'acte de naissance est limitée au seul parent biologique.

L'instrumentalisation du corps humain fait apparaître d'autres infractions que des atteintes aux mineurs et à la famille car certaines interviennent en matière de santé publique.

2) Les infractions en matière de santé publique

167. L'instrumentalisation du corps de l'homme pour l'homme. Les progrès de la biomédecine permettent au scientifique de pousser les frontières du vivant en se servant du matériau humain. Le corps de l'homme peut être utilisé, instrumentalisé pour se soigner soi-

⁴⁸⁵ Art. 113-6, al. 2, Code pénal.

même ou soigner autrui, offrant ainsi des espoirs de survie pour les personnes malades (a). Cette instrumentalisation du corps de l'homme pour l'homme a engendré un encadrement de l'éthique biomédicale (b).

a) Les espoirs de survie des personnes malades

168. Les dons et prélèvements. Dans un premier temps, l'instrumentalisation de l'homme se matérialise avec la greffe⁴⁸⁶ et la transplantation⁴⁸⁷. On parle d'instrumentalisation car il s'agit de séparer l'homme d'une partie de son corps dans un but thérapeutique et solidaire, afin de répondre à des nécessités vitales pour des personnes en attente d'une transplantation ou d'une greffe⁴⁸⁸. La pratique de la greffe, « décrite dès la fin du XIX^{ème} siècle dans les ouvrages de chirurgie, elle n'est entrée dans la pratique médicale courante que durant la seconde partie du XX^{ème} siècle, à partir du moment où les règles de l'histocompatibilité ont été établies et lorsqu'on a découvert le moyen d'éviter le rejet du greffon »⁴⁸⁹. Quant à lui, l'organe « n'est ni un tissu, ni une cellule. Composé de tissus et de cellules, il se présente comme une partie du corps humain remplissant une fonction nécessaire à la vie : cœur, poumons, reins, foie, pancréas, intestins »⁴⁹⁰.

La chirurgie permet d'effectuer des prélèvements d'organes. Lorsqu'on parle de prélèvement il s'agit de la pratique effectuée lorsque la personne sur laquelle on va prélever l'organe est décédée. Il est aussi possible d'effectuer des dons lorsque la personne donneuse est encore vivante. C'est au sortir de la seconde guerre mondiale que les évolutions chirurgicales ont permis d'entreprendre les premières greffes et transplantations. Le premier prélèvement a été fait aux Etats-Unis en 1950, il s'agissait d'une transplantation de reins. La France a suivi quelques années plus tard. En 1952, l'équipe du Professeur Jean Hamburger tentait de greffer un rein à partir d'une personne vivante⁴⁹¹. Cela marquait la volonté des médecins de repousser toujours un peu plus les frontières de la mort en suscitant de nouveaux

⁴⁸⁶ Il s'agit d'une opération consistant à transférer sur une personne des parties de tissu ou d'organe prélevés soit sur elle-même soit sur une autre personne.

⁴⁸⁷ Il s'agit d'une opération consistant à transférer une partie d'organe ou un organe entier (cœur, rein etc.), mais le terme greffe est souvent utilisé dans ce sens.

⁴⁸⁸ B. MATHIEU, *op.cit.*, pp. 108-109.

⁴⁸⁹ G. FELDMANN, *op.cit.*, p. 50.

⁴⁹⁰ J-R BINET, *op.cit.*, p. 212.

⁴⁹¹ J. SAISON, « Une nouvelle étape pour le prélèvement d'organes et de cellules sur donneur vivant », RDSS 2021, p. 810.

espoirs⁴⁹². Initialement, la loi du 29 juillet 1994 ouvrait le don d'organe de son vivant au seul cercle familial, plus précisément parents-enfants. En cas d'urgence, le don pouvait être ouvert au conjoint et de façon dérogatoire au donneur mineur d'une fratrie, uniquement en ce qui concernait le prélèvement de moelle osseuse⁴⁹³. Les collatéraux simples étaient par la suite autorisés à être donneurs avec la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique. La loi du 7 juillet 2011 permettait le don croisé⁴⁹⁴. Enfin, la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 étend « le nombre de paires de donneurs-receveurs susceptibles d'être introduites dans le cadre d'un don croisé [ce à quoi] s'ajoute la diversification des types de greffon par l'introduction d'un greffon issu d'un prélèvement *post-mortem* destiné à initier la chaîne de don »⁴⁹⁵. De nets progrès sont acquis dans la pratique du don d'organe. En effet, les phénomènes de rejet de l'organe transplanté sont mieux maîtrisés, de même que la survie du greffon est passée de moins de deux ans en 1967 à plus de vingt ans aujourd'hui.

Néanmoins, chaque évolution soulève de nouvelles questions éthiques notamment autour de l'information⁴⁹⁶. A titre d'exemple, le don d'organe *post-mortem* pose deux questions essentielles, la détermination de la mort du patient (mort cardiaque ou mort cérébrale) ainsi que la question du consentement présumé au don⁴⁹⁷. De plus, une dérive liée au don d'organe peut être aussi la commercialisation du corps humain avec la vente d'organe, ce qui s'éloigne de l'objectif thérapeutique poursuivi par les sciences médicales.

169. Le clonage thérapeutique. Dans un second temps, les avancées de ces dernières années en biotechnologie, offrent des espoirs thérapeutiques inouïs et c'est dans cette perspective que s'inscrit le clonage thérapeutique. Il se traduit « par l'exécution et l'instrumentalisation des embryons, personnes humaines potentielles, au profit de la survivance d'une génération de personnes humaines accomplies »⁴⁹⁸. Le clonage thérapeutique permet

⁴⁹² D. DECAMPS-MINI, « Prélèvements et greffes d'organes : Une activité strictement encadrée », *Ethique & Santé*, vol. 1, novembre 2004, p. 189.

⁴⁹³ J. SAISON, « Le donneur vivant », *AJDA* 2015, p. 563.

⁴⁹⁴ Le don croisé est une organisation particulière de greffe à partir d'un donneur vivant, il repose sur le principe de l'anonymat. L'Agence de la biomédecine l'explique de cette façon « Un donneur D1 souhaite donner à son proche, le receveur R1, mais n'est pas compatible avec lui. Par ailleurs, un donneur D2 souhaite également donner à son proche, le receveur R2, mais n'est pas compatible avec lui. Si le donneur D1 est compatible avec le receveur R2 et que le donneur D2 est compatible avec le receveur R1, une greffe peut être envisagée entre le donneur D1 et le receveur R2 et une autre entre le donneur D2 et le receveur R1 ».

⁴⁹⁵ J. SAISON, « Une nouvelle étape pour le prélèvement d'organes et de cellules sur donneur vivant », *RDSS* 2021, p. 810.

⁴⁹⁶ CCNE, Avis 115, « Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation », 7 avril 2011, p. 3.

⁴⁹⁷ B. BERTIER, E. RIAL-SEBBAG, A. CAMBON-THOMSEN, *op.cit.*, p. 45.

⁴⁹⁸ A-L TSALA MBANI, *op.cit.*, p. 208.

d'utiliser l'embryon, bien qu'il soit considéré comme « une personne humaine potentielle »⁴⁹⁹, à des fins expérimentales. Dans un souci de vulgarisation, le clonage thérapeutique a pour objectif, à partir d'embryons, de cultiver des cellules dites cellules souches embryonnaires qui pourraient se développer en lignées de cellules spécialisées, en tissus voire en organe⁵⁰⁰. Ces avancées permettraient « d'obtenir des cellules souches embryonnaires compatibles avec une utilisation chez la personne malade [...] Des cellules de muscle cardiaque pourraient être produites et utilisées pour les cardiopathies ischémiques, des cellules pancréatiques pour traiter le diabète, des cellules hépatiques pour soigner les hépatites, des cellules neurales pour les maladies neurodégénératives (maladie de Parkinson) et peut être des cellules pour le traitement de certaines formes de cancer. Ainsi des tissus seraient disponibles pour réparer des organes, ce qui soulagerait la demande actuelle non satisfaite de dons d'organes pour la transplantation »⁵⁰¹.

On comprend tout à fait les attentes face au clonage thérapeutique. Néanmoins, une fois de plus, les évolutions médicales soulèvent un certain nombre de questions. Le clonage reproductif est, certes, une avancée considérable d'un point de vue purement scientifique, mais d'un point de vue éthique et juridique, tout ne peut pas être admissible. De la même façon, la médecine démontre son aspiration à soigner l'être humain avec le clonage thérapeutique. Pour autant, une surmédicalisation a pour risque de générer des dérives et notamment d'attenter à la dignité. Pour cela, il semble nécessaire que le législateur se saisisse de ces évolutions médicales afin de les encadrer.

b) L'encadrement de l'éthique biomédicale

170. La multiplicité des infractions en matière d'éthique biomédicale. Dans le titre premier du livre cinquième, le Code pénal consacre un chapitre entier aux infractions en matière d'éthique biomédicale. La nécessité de légiférer en la matière trouve sa justification dans le désir de limiter le pouvoir exercé par la médecine. Lorsqu'on parle d'éthique biomédicale, il s'agit de la combinaison des connaissances biologiques, médicales et des valeurs humaines. L'éthique biomédicale « serait, au moins pour partie, une actualisation du serment d'Hippocrate

⁴⁹⁹ CCNE, Avis 3, Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle, 23 octobre 1984, p. 10.

⁵⁰⁰ H. ATLAN, *op.cit.*, p. 35.

⁵⁰¹ C. MANUEL, C. LAFON, D. HAIRION, S. ANTONIOTTI, « Cellules souches et clonage thérapeutique, des perspectives médicales en débat », La Presse Médicale, vol. 33, mars 2004, pp. 298-299.

à l'ère biomédicale »⁵⁰², serment qui est une référence symbolique essentielle des devoirs des médecins⁵⁰³. L'encadrement de l'éthique biomédicale a connu deux événements. Le premier étant la structure de l'éthique médicale avec le serment d'Hippocrate. Le second étant le procès des médecins nazis, procès de Nuremberg, qui a montré les limites de l'éthique hippocratique et par là, la nécessité d'édicter de nouveaux principes afin d'encadrer les recherches médicales.

L'existence d'un chapitre entier consacré aux infractions en matière d'éthique biomédicale se justifie au regard des nombreuses questions que soulèvent ces pratiques en termes de droits fondamentaux. En effet, « la connaissance intime de certains éléments d'un être humain offre à celui qui détient les informations un pouvoir considérables. L'asservissement de l'homme à l'homme peut naître du savoir. Celui qui sait, le savant, ou plus souvent celui qui détient l'information, a la faculté de discriminer selon des critères qu'il distingue et dont il établit la logique, soit en ne laissant pas une vie se développer, soit en programmant une vie nouvelle, soit en rompant le pacte de l'égalité entre les hommes »⁵⁰⁴.

171. La division critiquable des infractions en matière d'éthique biomédicale. Les infractions en matière d'éthique biomédicale se divisent en quatre sections, de la protection de la personne humaine, de l'article 511-1 à l'article 511-1-2, de la protection du corps humain, des articles 511-2 à 511-14, de la protection de l'embryon humain, des articles 511-15 à 511-25-1 et des autres dispositions et peines complémentaires applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales, des articles 511-26 à 511-28. Bon nombre de ces dispositions sont d'ailleurs reprises dans le Code de la santé publique.

Tout d'abord, il est regrettable de voir que des dispositions d'une telle importance en termes de droits fondamentaux soient mises dans le livre cinquième « Des autres crimes et délits », dans la mesure où ce dernier s'apparente à un livre débarras dans lequel ont été classées des dispositions que le législateur ne savait pas où mettre. Ensuite, le découpage des quatre sections fait écho au livre deuxième du Code pénal « Des crimes et délits contre les personnes », dans lequel on retrouve un sous-titre II « Des crimes contre l'espèce humaine » et un titre II « Des atteintes à la personne humaine ». Finalement, le législateur a choisi de faire de ces dispositions, des incriminations complémentaires de celles d'eugénisme et de clonage reproductif.

⁵⁰² J-R BINET, *op.cit.*, p. 17.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁰⁴ B. MATHIEU, *op.cit.*, p. 2.

En guise de critique positive sur le découpage du Code pénal, le chapitre dont il est question, relatif aux infractions en matière d'éthique biomédicale, a le mérite de bien faire apparaître la différence entre la personne humaine et l'embryon. La spécificité des pratiques de recherche biomédicale sur l'embryon sont donc prises en compte de façon effective par le législateur. Il s'agit d'une volonté du législateur de différencier aussi clonage thérapeutique et clonage reproductif. Alors que le premier constitue un délit, le second constitue un crime contre l'espèce humaine.

Diverses infractions existent en matière de santé publique, notamment l'interdiction de la vente d'organe⁵⁰⁵, l'interdiction d'une insémination artificielle non médicalement encadrée⁵⁰⁶, ou encore l'interdiction du clonage thérapeutique⁵⁰⁷. Le législateur a prévu un arsenal répressif étendu afin d'encadrer les différentes évolutions médicales, le tout dans le but d'en éviter les dérives. Parfois, cela est fait dans un but préventif, c'est notamment le cas de l'encadrement du clonage reproductif. En effet, le clonage reproductif d'un humain n'a pas été mis en œuvre en France, donc avant même toute tentative de le pratiquer, le législateur a entendu l'interdire. Ce mouvement de pénalisation de l'activité médicale ne concerne pas que les évolutions en tant que telles mais a aussi pour conséquence de pouvoir engager la responsabilité pénale des professionnels de santé.

II. Les incriminations spéciales

172. L'existence d'un droit pénal médical. La relation entre médecine et droit découle de l'influence qu'ont les sciences médicales sur la rédaction de la norme pénale. Il existe dorénavant un droit de la bioéthique, visant à encadrer les évolutions médicales. Le droit pénal, lui, connaît une nouvelle branche de droit pénal spécial qui n'est autre que le droit pénal médical dont la finalité est de réprimer les atteintes à l'ordre public commises dans le cadre des activités médicales car elle « est intrinsèquement fondée sur l'accomplissement d'actes attentatoires à l'intégrité corporelle, lesquels peuvent être « objectivement » qualifiés d'infractions

⁵⁰⁵ Art. 511-2, Code pénal.

⁵⁰⁶ Art. 511-12, Code pénal.

⁵⁰⁷ Art. 511-18-1, Code pénal.

pénales »⁵⁰⁸. Les premiers acteurs concernés par le droit pénal médical sont les professionnels de santé, pouvant voir leur responsabilité pénale engagée.

Plus précisément, le droit pénal médical fait intervenir trois protagonistes, le corps médical le juge et le malade. Il est la rencontre de deux disciplines, le droit pénal et le droit médical, qui ont des démarches intellectuelles fondamentalement différentes, la « loi du corps législatif »⁵⁰⁹ d'un côté, la « loi du corps humain de l'autre »⁵¹⁰. Finalement, le droit pénal médical est « la juxtaposition du droit pénal et du droit médical qui forment logiquement le droit pénal médical. Dès lors, le droit pénal médical est constitué de l'ensemble des règles répressives qui permettent et organisent la sanction pénale du médecin ayant commis une infraction à l'occasion ou dans l'exercice de sa profession »⁵¹¹. Les avancées biomédicales n'échappent pas à l'emprise du droit pénal médical car désormais, au-delà de la répression traditionnelle des professionnels de santé (A), il y a de nouvelles incriminations spécifiques imputables aux professionnels de santé (B).

A. La répression traditionnelle des professionnels de santé

173. Le médecin face à ses pairs. Le premier Code de déontologie médicale est apparu le 27 juin 1947. Il établit des principes déontologiques et les règles spécifiques de la profession. Plus précisément, « l'objectif de ces codes est d'organiser les relations des professionnels de santé avec les patients ou leurs familles, de préciser les rapports entre les professionnels de santé et l'assurance maladie, et de régler les liens entre les différentes professions de santé »⁵¹². Le médecin devait répondre de ses manquements à ses pairs, devant le Conseil de l'ordre des médecins et engageait par conséquent sa responsabilité disciplinaire. Jusqu'au XIX^{ème} siècle, la médecine et la justice se sont ignorées. En effet, « soumis à la volonté de Dieu, le malade attendait alors de son médecin qu'il le soulage et l'accompagne, la guérison ou la mort ne relevant que de la volonté divine. Nul n'aurait alors imaginé reprocher au médecin une quelconque défaillance à l'origine d'une issue défavorable, a fortiori devant le tribunal »⁵¹³.

C'est avec l'article 1382 du Code civil imposant la réparation à l'auteur d'un dommage causé à autrui, qu'en 1830 les premières condamnations de médecins par les tribunaux civils

⁵⁰⁸ B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse, Nancy, 1994, p. 3.

⁵⁰⁹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, Contentieux, responsabilité pénale, droits du patient*, Paris, LGDJ, 2019, p. 17.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 20.

⁵¹² A. LAUDE, « Le code de déontologie médicale enfin modifié », D. 2012, p. 1694.

⁵¹³ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Paris, Cujas, 2013, p.11.

apparurent estimant que ledit article ne saurait épargner les médecins. Ces premières condamnations constituaient la nature contractuelle de la relation patient-médecin, nature affirmée plus tard, le 20 mai 1936 par l'arrêt Mercier mais désapprouvé depuis. Par ailleurs, à côté des condamnations civiles, depuis la fin du XIX^{ème} siècle, la Cour de cassation juge que les dispositions du Code pénal sont elles aussi applicables à toutes les professions ainsi qu'aux médecins dans le sens où elles ont une portée générale. La responsabilité délictuelle du praticien ne saurait faire obstacle à sa responsabilité pénale lorsque le manquement qu'il a commis caractérise le délit⁵¹⁴. La responsabilité des médecins s'axe donc traditionnellement autour de la répression des atteintes à la déontologie médicale (1). Les possibilités d'engager la responsabilité des médecins se sont intensifiées avec la répression de la faute commise par le professionnel de santé (2).

1) La répression des atteintes à la déontologie médicale

174. L'importance du secret. Déjà sous l'empire de l'ancien Code pénal, plus précisément à l'article 378, le droit sanctionnait certaines fautes pouvant être commises par les professionnels de santé. La première incrimination spécifique à la profession était relative au secret médical. A l'origine, le secret médical ressort du serment d'Hippocrate à l'issue duquel le médecin jure « tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra pas être divulgué, je le tairai et le considérerai comme un secret ».

Ensuite, c'est le Code de déontologie médicale qui le protège en son article 4, repris à l'article R. 4127-4 du Code de la santé publique⁵¹⁵. En vertu du secret médical, « tous les médecins sont par profession soumis à une obligation spéciale de secret et de discrétion, laquelle apparaît comme une obligation déontologique inhérente à tout acte médical entrepris à l'égard d'un malade »⁵¹⁶. « Si historiquement, les professions médicales ont été les premières à imposer à leurs membres un strict respect des secrets professionnels, cette obligation a été progressivement étendue à toutes les professions de santé, et assortie de sanctions disciplinaires au moyen de codes de déontologie. Chaque nouveau texte d'encadrement du secteur sanitaire,

⁵¹⁴ Cass. crim. 12 déc. 1946, *Bull.* n°231 ; Cass. crim., 5 juin 1958, *Bull.* n°443.

⁵¹⁵ Art. R. 4127-4, CSP, « *Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris* ».

⁵¹⁶ P. MISTRETTA, *op.cit.*, p. 296.

secteur qui n'en manque pas, élargit le domaine d'application du secret professionnel. Le secret des professions paramédicales est désormais systématiquement visé par la loi ou les textes réglementaires nouveaux »⁵¹⁷.

Le législateur pénal a décidé de faire de cette atteinte au secret médical une infraction en vertu de l'article 226-13 du Code pénal. Cette règle originellement déontologique a été érigée au rang d'infraction pénale. Ledit article évoque deux conditions, la première *ratione personae* concerne l'auteur de la divulgation à savoir le médecin et la seconde *ratione materiae* concerne l'information couverte par le secret⁵¹⁸. Le domaine des informations protégées par le secret médical est large. En effet, les secrets explicites et les secrets implicites sont protégés. Concernant les secrets explicites, il s'agit des informations médicales mais aussi des confidences faites par le patient, qui dépassent le champ purement médical mais qui relèvent néanmoins de la sphère de l'intime⁵¹⁹. Quant aux secrets implicites, les informations comprises et perçues par le professionnel de santé, indépendamment des confidences faites par le patient sont concernées. Ainsi, toute information relevant de l'intime, de la vie privée sont protégées par le secret médical⁵²⁰.

Par ailleurs, « le secret doit en principe être opposé aux tiers quels qu'ils soient ; le fisc, une compagnie d'assurance, un employeur, un proche, ou même les médias, hormis les cas de justifications. Le principe vaut également à l'occasion de pratiques particulières de la médecine, pour le médecin du travail, le médecin des armées ou encore à l'occasion de consultations d'une personne détenue »⁵²¹. De surcroît, la jurisprudence estime que le respect du secret ne s'éteint pas à la mort du patient⁵²².

175. La levée du secret médical. En droit pénal, le secret peut constituer pour le juge un obstacle dans l'appréhension de faits répréhensibles et dans la preuve de ces derniers, constituant un obstacle à l'exigence sécuritaire⁵²³. Les professionnels de santé peuvent nécessairement être des interlocuteurs privilégiés dans la constatation de violences tant dans l'exercice normal de leur fonction que lorsqu'ils effectuent une mission d'expertise. Face à une

⁵¹⁷ B. PY, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », AJ pén. 2004, p. 133.

⁵¹⁸ J. BOSSAN, « Le médecin indiscret », in *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, M. DANTI-JUAN (dir.), Paris, Cujas, 2013, p. 53.

⁵¹⁹ B. PY, « Le secret professionnel : une obligation de se taire », JA 2008, n° 386, p. 12.

⁵²⁰ P. MISTRETTA, *op.cit.*, pp. 298-299.

⁵²¹ J. BOSSAN, *op.cit.* pp. 57-58.

⁵²² T. corr., 5 juillet 1996, inédit, D. 1998, somm. 86, obs. T. MASSIS.

⁵²³ B. PY, « Réquisitoire contre l'expression du secret médical, plaider pour l'expression de secret professionnel », Rev. Dr. et santé, n° 50, hors-série, p. 160.

victime de maltraitance, le professionnel doit répondre à un dilemme, se taire ou trahir son secret⁵²⁴. Pour éviter que le secret médical ne devienne un rempart face au déroulement d'une procédure pénale et pour concilier l'obligation de respecter le secret médical avec la nécessité de réprimer les troubles à l'ordre public, le législateur a prévu des cas dans lesquels le secret médical pouvait ou devait être levé et donc être explicitement violé⁵²⁵. On retrouve ces différents cas à l'article 226-14 du Code pénal. Par exemple il s'agit de la révélation du secret en cas de privations ou de sévices, de mutilations sexuelles infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger, et plus récemment en cas de violences conjugales. Afin de passer outre le respect du secret et promouvoir la protection de l'enfance, la loi du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, prévoyait déjà la levée du secret médical dans ces circonstances. Malheureusement, elle n'a pas été suffisante afin de protéger les victimes mineures et d'encourager les médecins à signaler les situations de violence. La loi du 5 novembre 2015 tendant à clarifier la procédure de signalement de situation de maltraitance par les professionnels de santé est venue renforcer le rôle de ces professionnels dans la déclaration des situations de maltraitance. Désormais, il existe une véritable obligation de lever le secret professionnel en ce qui concerne spécifiquement les mineurs victimes de sévices. D'autant que l'inaction du médecin pourrait être qualifiée pénalement de non-assistance à personne en péril dans l'hypothèse où le péril serait imminent et constant et qu'il nécessiterait une intervention immédiate.

De même, depuis la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, les violences exercées au sein du couple au sens de l'article 132-80 du même Code peuvent faire l'objet d'un signalement. La victime sera informée du fait que le signalement a été fait au procureur si le médecin n'a pas réussi à obtenir son accord. Ce mécanisme pose question quant à la relation de confiance qui existe entre le médecin et son patient. En effet, cette relation de confiance risque d'être mise à mal si la victime de violence sait que son médecin peut révéler le secret. Le risque est alors que des victimes décident de ne pas aller consulter le professionnel de santé par crainte qu'il dévoile ce qui a été porté à sa connaissance. Néanmoins, la révélation du secret médical peut poursuivre un but louable lorsqu'elle permet de mettre fin à un trouble à l'ordre public et de garantir la sécurité de la

⁵²⁴ B. PY, « Le secret professionnel et le signalement de la maltraitance sexuelle. L'option de conscience : un choix éthique », Archives de Politique criminelle, n° 34, septembre 2012, pp. 71-83.

⁵²⁵ B. PY, « Secret professionnel : partager n'est pas signaler, Cour de cassation, crim. 8 juin 2021, AJ pén. 2021, p. 421.

victime. Par la suite, le législateur s'est mobilisé afin de poursuivre les fautes pouvant être commises par les professionnels de santé.

2) La répression de la faute commise par le professionnel de santé

176. La répression de la faute professionnelle. La répression d'une faute commise par le professionnel de santé, sur lequel pèse une présomption de compétence, passe par la mauvaise réalisation d'un acte médical, qui peut être constitutive d'une infraction pénale. On parle de faute professionnelle, qu'elle soit intentionnelle ou non. « La culpabilité non intentionnelle revêt dans le domaine médical une importance toute particulière en raison, non de la diversité des infractions non intentionnelles en la matière, mais de l'importance volumétrique qu'elle représente »⁵²⁶. En effet, dans ce domaine, on retrouve en majeure partie des atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité physique, dans la mesure où « la complexité et la technicité de l'art médical favorisent plus volontiers des actes d'imprudence, de négligence et de la maladresse parce que, derrière le médecin, se dissimule un être humain qui n'est pas à l'abri d'une défaillance »⁵²⁷.

La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, dite loi Fauchon a largement fait évoluer l'appréciation de la causalité en matière de responsabilité pénale médicale⁵²⁸. « Le but de cette loi était de ne plus sanctionner pour ne plus entraver l'attrait pour certaines fonctions ou pour certaines professions qui ne se conçoivent pas sans un minimum de risque »⁵²⁹. Elle a mis un terme à « l'unité des fautes pénale et civile qui incitait le juge pénal à retenir, au titre de la faute pénale, les manquements les plus légers afin de préserver le droit à réparation de la victime. Elle a aussi procédé à la dépenalisation de la faute non intentionnelle en introduisant l'exigence du lien de causalité dans la faute et en créant une nouvelle catégorie de faute pénale, à savoir la faute qualifiée »⁵³⁰. Il faut savoir que le législateur prévoit trois fautes différentes, la faute simple⁵³¹, la faute

⁵²⁶ P. MISTRETTA, *op.cit.*, p. 59.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 59.

⁵²⁸ P. MISTRETTA, « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », JCP G 2002, I, 149.

⁵²⁹ P. MISTRETTA, « Le médecin imprudent », in *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, M. Danti-Juan (dir.), Paris, Cujas, 2013, p. 24.

⁵³⁰ P. MISTRETTA, « Indemniser ou punir ? Quelle place pour la responsabilité pénale médicale depuis la loi du 4 mars 2002 ? », RDSS 2019, p. 1001.

⁵³¹ Autrement appelée la *culpa levissima*, elle regroupe tout ce qui relève de la faute ordinaire.

caractérisée⁵³², et la plus grave la faute délibérée⁵³³. La faute caractérisée, créée avec la loi du 10 juillet 2000 est complémentaire des fautes simple et délibérée qui existaient déjà⁵³⁴.

Désormais, l'article 121-3 du Code pénal distingue deux situations. La première, en cas de causalité directe⁵³⁵ entre la faute et le dommage, la nature de la faute importe peu pour engager la responsabilité de l'individu⁵³⁶. La seconde en revanche, en présence d'une causalité indirecte⁵³⁷, la nature de la faute importe pour engager la responsabilité pénale. En effet, la faute doit être qualifiée, c'est-à-dire qu'elle doit être caractérisée ou délibérée⁵³⁸. La jurisprudence a été encore plus loin car la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 5 décembre 2000, qu'une pluralité de fautes simples équivalait à une faute caractérisée, permettant ainsi d'engager la responsabilité⁵³⁹. Depuis la loi Fauchon, on comprend que la causalité est fondamentale en matière de responsabilité pénale médicale, elle est analysée avant la faute.⁵⁴⁰

De plus, pour avoir une répression accrue de la faute non intentionnelle, la jurisprudence se montre sévère en ayant recours à la théorie du facteur déterminant même lorsque la causalité directe fait défaut⁵⁴¹. « Cette orientation permet de soumettre à la causalité directe des faits qui, sans apparente proximité avec le dommage réalisés, ont une incidence déterminante dans sa réalisation »⁵⁴². En tout état de cause, la faute du professionnel de santé peut être communément constitutive d'une infraction pénale. Les qualifications pénales retenues sont diverses, on retrouve par exemple l'homicide involontaire ou encore les blessures involontaires.

⁵³² La faute caractérisée est celle qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité qu'on ne pouvait ignorer.

⁵³³ La faute délibérée est la violation manifestement délibérée d'une obligation prévue par la loi ou le règlement.

⁵³⁴ A. PONSEILLE, « La faute caractérisée en droit pénal », RSC 2003, p. 79.

⁵³⁵ On parle de causalité directe lorsque la faute est la cause unique ou immédiate du dommage et qu'elle a eu pour conséquence prévisible le dommage. Sinon, lorsque la faute a été le facteur déterminant du dommage, autrement dit, le paramètre déterminant des causes de l'accident.

⁵³⁶ Art. 121-3 al. 3, Code pénal.

⁵³⁷ On parle de causalité indirecte si l'agent a créé ou contribué à créer la situation permettant la réalisation du dommage (l'auteur a donc commis un acte positif étant indirectement à l'origine du dommage), ou si l'agent n'a pas pris les mesures nécessaires permettant d'éviter la survenance du dommage (l'auteur a donc commis un acte d'omission fautif).

⁵³⁸ Art. 121-3 al. 4, Code pénal.

⁵³⁹ Crim., 5 décembre 2000, Bull. crim., n° 263.

⁵⁴⁰ T. CASSUTO, « Réflexions sur la pratique de la responsabilité médicale en matière pénale », AJ pén. 2009, p. 337.

⁵⁴¹ Crim., 29 octobre 2004, n° 01-87.374, note B. BOULOC, « Faute médicale. Causalité directe », RSC 2003, p. 326, Y. MAYAUD, « Confirmation de la causalité directe en termes de paramètre « déterminant » », RSC 2003, p. 330.

⁵⁴² C. LIEVAUX, *Réflexions autour de la pénalisation de l'activité médicale*, Thèse, P. MISTRETTA (dir.), Lyon, Université Jean Moulin, 29 novembre 2018, p. 235.

Cependant, les qualifications de droit pénal commun ont rapidement montré leurs limites face aux évolutions médicales, ce qui a poussé le législateur à créer de nouvelles incriminations spécifiques.

B. Les incriminations spécifiques imputables aux professionnels de santé

177. L'existence de nombreuses prescriptions légales contraignantes. Afin de mettre en œuvre les pratiques médicales, les professionnels de santé se heurtent au Code pénal et au Code de la santé publique. Ces deux codes regorgent de prescriptions légales, qui fixent strictement les conditions dans lesquelles les pratiques menées sur l'homme doivent être réalisées. En cas de non-respect de ces prescriptions, les professionnels de santé prennent le risque d'engager leur responsabilité pénale.

Tout d'abord, il existe une sanction de la pratique médicale en dehors des autorisations de la loi (1). Ensuite, le législateur a entendu protéger la personne sur laquelle les expérimentations sont effectuées en exigeant son consentement (2).

1) **La pratique médicale en dehors des autorisations de la loi**

178. La stricte condition d'obtention des autorisations. En raison de la particularité des évolutions médicales en matière de sélection et d'instrumentalisation de l'homme, et du potentiel danger qu'elles peuvent représenter pour la société, le législateur a fait le choix de soumettre certaines de ces pratiques à des autorisations dans le but de les encadrer. Il existe alors une forme de méfiance vis-à-vis des professionnels de santé, qui pourraient les mettre en œuvre de façon zélée. A titre d'exemple, le législateur réprime « le fait de conserver et transformer, en vue de leur cession pour un usage scientifique, y compris à des fins de recherche génétique, des organes, des tissus, des cellules ou du sang, ses composants et ses produits dérivés, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation prévue à l'article L. 1243-3 du code de la santé publique »⁵⁴³. C'est le Code de la santé publique qui fixe les conditions dans lesquelles les autorisations doivent être formulées.

De même, l'article 511-7 du Code pénal prévoit que les établissements doivent être autorisés à procéder à des prélèvements ou greffes d'organes. A nouveau, c'est le code de la santé

⁵⁴³ Art. 511-5-2, II, Code pénal.

publique qui en fixe les modalités aux articles L. 1233-1, L. 1234-2, L. 1242-1, L. 1243-2 ou L. 1243-6. Dans la même logique, « le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 162-16 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ». Cet article du Code de la santé publique exige que le diagnostic prénatal ne soit réalisé que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale autorisés selon des modalités prévues par ce même code.

Ce mécanisme de renvoi incessant au Code de la santé publique témoigne de l'existence de procédures complexes auxquelles les professionnels de santé ne peuvent déroger. Le non-respect de ces procédures engage la responsabilité pénale du professionnel de santé personne physique, ou de l'établissement de santé, personne morale. Cette lourdeur procédurale prévue et voulue par le législateur permet une meilleure protection du citoyen face aux pratiques médicales plaçant le corps de l'homme et ses éléments au centre des investigations. Plus encore, la volonté d'encadrement du législateur s'est accentuée face aux pratiques biomédicales. Il en va de même pour l'obligation de respecter strictement les protocoles établis.

179. La stricte condition de respect des protocoles. Les prélèvements à des fins scientifiques doivent strictement être mis en œuvre dans le cadre de protocoles, transmis préalablement à leur mise en œuvre à l'Agence de la biomédecine, il relève de la compétence du ministre chargé de la recherche, de suspendre ou d'interdire la mise en œuvre de ces protocoles lorsque la nécessité ou la pertinence de la recherche n'est pas établie⁵⁴⁴. Le non-respect des protocoles peut être constitutif d'une infraction pénale comme le prévoit l'article 511-5-1 du Code pénal⁵⁴⁵. On remarque encore un désir d'encadrement des évolutions médicales et surtout un encadrement de leur mise en œuvre. Le droit pénal s'arme véritablement pour faire face aux évolutions médicales en matière de sélection et d'instrumentalisation de l'homme. Ce sur-encadrement va de pair avec le risque que ces dernières représentent pour la société. La place importante qui est accordée au consentement de la personne soumise aux expérimentations démontre également que les pratiques médicales sont encadrées.

⁵⁴⁴ Art. L. 1232-3, CSP.

⁵⁴⁵ Art. 511-5-1, Code pénal, « Le fait de procéder à des prélèvements à des fins scientifiques sur une personne décédée sans avoir transmis le protocole prévu à l'article L. 1232-3 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de mettre en œuvre un protocole suspendu ou interdit par le ministre chargé de la recherche ».

2) L'exigence du consentement de la personne

180. La primauté du choix de la personne confrontée aux évolutions de la science.

Contre les évolutions médicales légalement permises comme notamment les recherches biomédicales ou encore l'avortement, le législateur place la libre disposition de son corps au rang d'une valeur à protéger. Les professionnels de santé, non soucieux de respecter l'intégrité et la liberté du consentement de la personne, pourront donc voir leur responsabilité pénale engagée. La libre disposition du corps, la liberté de consentir passent avant l'expérimentation voire la finalité thérapeutique. En effet, l'attachement à la protection du consentement s'inscrit « dans le cadre d'activités multiples, qu'il s'agisse de la recherche biomédicale, de l'examen des caractéristiques génétiques, du prélèvement de sang ou encore de prélèvement de gamètes »⁵⁴⁶. C'est le cas notamment des infractions prévues aux articles 223-8, 223-10, 511-3, 511-5, 511-6, ou encore 511-19 du Code pénal.

En érigeant des infractions autonomes d'atteinte au consentement, le législateur fait de la liberté de consentir une valeur essentielle, supérieure aux évolutions médicales. En d'autres termes, les investigations médicales menées sur le corps de la personne, ont eu pour conséquence de créer une série d'infractions spéciales d'atteintes au consentement. D'où la nécessité pour le professionnel de santé d'obtenir ce dernier avant de réaliser les actes visés.

181. Les difficultés liées au recueil du consentement. Pour se prémunir contre toute poursuite pénale, le professionnel de santé doit recueillir le consentement de la personne. Cependant, le Code pénal reste parfois évasif quant aux modalités de son recueil. A titre d'exemple, l'article 223-8 du Code pénal prévoit qu'une recherche médicale doit être librement consentement « le cas échéant, écrit de l'intéressé », cela laisse sous-entendre que le consentement ne doit pas être obligatoirement donné par écrit.

Dans d'autres hypothèses, le législateur prévoit expressément que le consentement doit être recueilli par écrit, c'est le cas notamment de l'article 511-6 qui dispose « Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ». De plus, l'article 511-5 réprime « le fait de prélever un tissu ou une cellule ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement dans les conditions prévues aux « trois derniers » alinéas de l'article L. 1241-1 du Code de la santé publique ». A la lecture de l'article L. 1241-

⁵⁴⁶ C. LIEVAUX, *op.cit.*, p. 262.

1 du Code de la santé publique, on comprend que le législateur marque une différence dans le recueil du consentement en fonction des pratiques, ce qui complique une fois de plus les modalités de son recueil. En vertu de l'alinéa 2, le consentement doit être donné par écrit en cas de « prélèvement de tissus ou de cellules autres que les cellules hématopoïétiques, ou la collecte de produits du corps humain en vue de don à des fins thérapeutiques ou en vue de réalisation ou de contrôle des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ou en vue du contrôle de qualité des examens de biologie médicale ou dans le cadre des expertises et des contrôles techniques réalisés sur les tissus ou sur les cellules ou sur les produits du corps humain par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ». En revanche, l'alinéa 3 prévoit que le consentement peut être recueilli par tout moyen en cas d'urgence vitale pour le receveur du prélèvement en vue d'un don à des fins thérapeutiques.

Finalement, le législateur fait varier les modalités du consentement en fonction de la pratique qui est en cause et de l'urgence de la situation. En effet, « le consentement se doit d'être écrit pour ce qui concerne les recherches interventionnelles, étant précisé qu'un consentement exprès est suffisant pour mettre en œuvre des recherches interventionnelles présentant un risque minime. Concernant les recherches non interventionnelles, seule l'opposition est susceptible de caractériser l'infraction »⁵⁴⁷.

La responsabilité pénale des professionnels de santé s'accroît donc en raison des exigences liées au consentement et surtout de l'émergence d'infractions spéciales de non-respect du consentement de la victime. La lourdeur de l'arsenal répressif et des prescriptions procédurales engendre une pratique médicale soumise au droit pénal. Certes, d'une certaine façon les sciences médicales influencent très largement le droit pénal mais le droit pénal a lui aussi un impact et non des moindres sur la pratique médicale. Les sciences médicales sont effectivement créatrices de responsabilité pénale, néanmoins, en la matière, les premiers auteurs concernés, les potentiels responsables pénaux sont principalement les professionnels de santé.

182. Conclusion Chapitre 1. La médicalisation du droit pénal et plus précisément l'influence de la médicalisation sur la responsabilité pénale se remarque avec l'édiction de normes pénales qui prennent en considération les avancées de la médecine. Cela révèle un droit pénal qui s'adapte ou qui tente de s'adapter au mieux aux évolutions et qui les encadre. Ces avancées ont pour conséquence de créer de nouvelles infractions pénales donc de nouveaux auteurs d'infraction. D'une part, il y a de nouveaux responsables pénaux et d'autre part, la

⁵⁴⁷ C. LIEVAUX, *op.cit.*, p. 268.

médicalisation a aussi une influence sur l'appréhension de la responsabilité pénale en tant que telle car le droit pénal se confronte à des tentatives médicales au soutien de la responsabilité pénale.

Chapitre 2 : L'émergence d'une appréhension médicale de la responsabilité pénale

183. L'exigence d'une responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre. La responsabilité pénale nécessite une conscience infractionnelle chez l'auteur de l'infraction⁵⁴⁸, c'est la condition d'imputabilité. Le mot imputabilité vient du latin *imputare* signifiant « mettre au compte de, attribuer à quelqu'un ». Pour être reconnue pénalement responsable, la personne soupçonnée doit être libre et doit avoir compris son acte. Il est nécessaire que cette dernière ait « conscience de l'interdiction légale »⁵⁴⁹. A défaut d'une volonté libre et consciente, l'irresponsabilité pénale totale ou partielle de la personne sera prononcée, car « le droit pénal est une réaction à des conduites humaines, et il n'est de désordre punissable que sous couvert de personnes imputables »⁵⁵⁰. La difficulté majeure avec la responsabilité c'est son appréhension.

L'appréhension de la responsabilité pénale n'a pas échappé aux recherches médicales. La question de savoir si une personne est dotée ou non de libre arbitre intéresse les professionnels de la médecine, dans la mesure où le psychisme et le cerveau de la personne sont des vastes champs d'études.

Traditionnellement, ce sont les professionnels de la santé mentale⁵⁵¹, qui apportent leur concours à la justice dans l'appréhension de la responsabilité pénale. En effet, il existe une curieuse complémentarité de la psychiatrie et de la justice⁵⁵². C'est la question de l'appréhension de la responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre (Section 1). Cependant, la psychiatrie n'est pas la seule spécialité à s'être intéressée à ce sujet. D'autres pratiques dites plus modernes tentent d'apporter un nouvel éclairage sur la responsabilité pénale, déniaient ainsi

⁵⁴⁸ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, p. 65.

⁵⁴⁹ B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 20^{ème} éd., Paris, Sirey, 2016, p. 143.

⁵⁵⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., Paris, PUF, 2015, p. 523.

⁵⁵¹ Par professionnels de la santé mentale, il faut entendre les psychologues et les psychiatres.

⁵⁵² O. RAZAC, « La critique de l'expertise psychiatrique chez Foucault », in *L'expertise psycholégale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, (dir.) S. ABDELLAOUI, Paris, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2012, p. 60.

l'exigence de libre arbitre. Par conséquent, il existe une appréhension de la responsabilité pénale exempte de libre arbitre (Section 2).

Section 1 : L'appréhension de la responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre

184. L'incontournable condition d'imputabilité. En droit pénal l'hypothèse la plus simple est celle du délinquant ordinaire, « le délinquant le plus ordinaire qui est l'auteur matériel de l'infraction ayant agi seul avec l'élément moral prévu par la loi »⁵⁵³. Ce délinquant ordinaire sera responsable des actes commis car il aura agi de façon libre et consciente. C'est la conscience infractionnelle, autrement dit, l'imputabilité, notion familière et incontournable en droit pénal. Une autre notion est fondamentale, celle de discernement.

185. Le lien étroit entre discernement et imputabilité. Selon le Larousse, le discernement se définit comme la faculté d'apprécier sainement les choses, avec intelligence et sens critique. « Le discernement renvoie à la conscience. Il est instrument de perception et de jugement, qui donne à chacun de quoi démêler le bien du mal, et donc d'orienter ses actions en conformité avec la loi. Le discernement est essentiel à la responsabilité pénale, sauf à lui ôter toute connotation morale »⁵⁵⁴. Il est acquis vers l'âge de sept ans, âge de raison, et il est présumé ensuite⁵⁵⁵.

La notion de discernement conditionne le libre arbitre. C'est pour cela qu'elle est intimement liée au concept de responsabilité pénale. En effet, la responsabilité renvoie au fait de répondre de ses actes, nécessitant une liberté d'action pleine et entière. Il ne peut y avoir de responsabilité pénale sans discernement, car le fondement de la responsabilité pénale n'est autre que le libre arbitre. L'alinéa 1 de l'article 122-1 du Code pénal dispose, « 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 ». Comme pour l'introduction des notions de trouble psychique et neuropsychique, le législateur fait apparaître la notion de discernement dans le Code pénal qui n'est pas une notion juridique. Comment évaluer efficacement le discernement d'une personne mise en cause ? En faisant référence à des

⁵⁵³ M-L RASSAT, *op.cit.*, p. 419.

⁵⁵⁴ Y. MAYAUD, *op.cit.*, p. 523.

⁵⁵⁵ P. BONFILS, « Le discernement en droit pénal », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales et sciences criminologiques*, Aix en Provence, PUAM, 2007, p. 97.

troubles psychiques, dans l'article 122-1, le législateur implique une appréhension, une étude médicale du discernement.

De la même façon, l'adoption du projet de loi ratifiant l'ordonnance du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs et remplaçant l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquance, instituait une présomption simple de non-discernement pour les mineurs de treize ans.

Par conséquent, le discernement de la personne conditionne le mécanisme d'imputabilité et donc la responsabilité pénale, car il permet d'orienter consciemment ses actions. Les deux notions d'imputabilité et de discernement, renvoient à celle de conscience : la conscience infractionnelle d'un côté, la conscience morale de l'autre, oscillant entre le bien et le mal, ce qui est autorisé par la loi et ce qui ne l'est pas. Le discernement est donc véritablement lié à la notion d'imputabilité et constitue une condition incontournable de la responsabilité pénale.

Dans un premier temps, l'imputabilité apparaît comme une condition impérative de la responsabilité pénale (I). Dans un second temps, le discernement est appréhendé comme une condition de l'imputabilité (II).

I. L'imputabilité comme condition impérative de la responsabilité pénale

186. Le caractère subjectif de la responsabilité pénale. En droit pénal, il y a une responsabilité personnelle, attachée à la personne même de l'auteur. Il faut donc que la justice soit en mesure d'évaluer le libre arbitre de cette dernière afin d'appréhender au mieux la notion d'imputabilité. Cependant, s'intéresser à la question de l'imputabilité, revient à s'intéresser au psychisme des personnes mises en cause. L'appréhension de l'imputabilité ne peut donc pas être exclusivement juridique car l'étude de la « boîte noire » des individus par les professionnels de la santé mentale que sont les psychiatres et les psychologues, sort du champ de compétence du juge.

Dès lors, il existe une nécessaire pluridisciplinarité dans l'appréhension de la responsabilité pénale (A). Outre le fait d'appréhender au mieux l'imputabilité, les psychiatres et psychologues apportent une aide à la compréhension du phénomène criminel (B).

A. La nécessaire pluridisciplinarité dans l'appréhension de la responsabilité pénale

187. Le fondement moral de la responsabilité pénale. « La responsabilité pénale a un fondement moral, et c'est l'imputabilité qui en rend compte. Ce n'est que sous couvert de discernement et de libre arbitre que des poursuites sont possibles »⁵⁵⁶. Par conséquent, le trouble causé à l'ordre public ne suffit pas, il faut également la condition juridique impérative d'imputabilité, qui recouvre différentes conceptions (1). Cependant, dans ce domaine, le droit rencontre ses limites, et c'est pour cette raison que l'apport des sciences de la santé mentale dans l'appréhension de l'imputabilité est nécessaire (2).

1) Les conceptions de la condition d'imputabilité

188. L'existence de différentes conceptions. Il est souvent fait référence aux causes de non-imputabilité plutôt qu'à la définition de cette notion. Il faut aborder les différentes conceptions de cette notion pour savoir de quelle manière l'appréhender. Tout d'abord, une acception matérielle sous-entend que l'imputabilité se confond avec la causalité⁵⁵⁷, c'est-à-dire qu'elle serait le lien entre le dommage et le fait générateur.

Ensuite, il existe une acception subjective, préférée par le droit pénal⁵⁵⁸. Selon cette dernière, l'imputabilité est le lien entre la volonté de l'agent et l'acte accompli ; c'est à dire que « la fonction de l'imputabilité est, a-t-on dit, de mesurer l'aptitude d'une personne à être déclarée responsable et à subir une sanction »⁵⁵⁹, il s'agit d'une nature subjective de l'imputabilité. Elle n'est autre que la « capacité de comprendre et de vouloir, l'aptitude à mériter la sanction et à en profiter »⁵⁶⁰. Elle est « la possibilité de mettre l'acte antisocial au compte de celui qui l'a commis »⁵⁶¹. Cette notion est fondée sur la liberté de l'agent à commettre et à comprendre son acte⁵⁶², fondée donc sur son libre arbitre, c'est un « jugement de réalité relatif à la personne du responsable »⁵⁶³. Ortolan est « le principal promoteur de la notion d'imputabilité (selon lui) l'imputabilité, « invariable », *qui* « existe ou n'existe pas »,

⁵⁵⁶ Y. MAYAUD, « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », AJ pén. 2004, p. 303.

⁵⁵⁷ P-J DELAGE, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale », RSC 2009, p. 69.

⁵⁵⁸ P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Thèse, Paris II, 1982, p. 327.

⁵⁵⁹ P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 517.

⁵⁶⁰ G. LEVASSEUR, « L'imputabilité en droit pénal », RSC 1983, p. 12.

⁵⁶¹ J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1863, p. 98.

⁵⁶² R. MERLE, A. VITU, *op.cit.*, p. 773.

⁵⁶³ P. JOURDAIN, *ibid.*, p. 517.

dépendrait des qualités « immatérielles » de l'agent pénal, de son aptitude à distinguer le bien du mal, quelle que soit l'infraction en présence »⁵⁶⁴. S'il s'agit d'un jugement de réalité il est nécessaire d'en avoir une appréhension précise. Bien que le droit pénal retienne une acception subjective de l'imputabilité, il n'en reste pas moins qu'il existe deux formes d'imputabilité subjective.

189. Les différentes formes d'imputabilité subjective. D'une part, il y a l'imputabilité physique et de l'autre l'imputabilité morale. L'imputabilité physique se retrouve en droit pénal à l'article 122-2 du Code pénal relatif à la contrainte⁵⁶⁵. En droit civil, on parlera de force majeure⁵⁶⁶. Il s'agit d'une absence de liberté de faire ou d'agir. D'autre part, il y a l'imputabilité morale, qui elle se retrouve à l'article 122-1 du Code pénal relatif à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble psychique ou neuropsychique. Dans cette hypothèse, c'est une absence de liberté de choisir ou de vouloir ce que la raison commande dont il est question. C'est justement cette seconde imputabilité dite morale qui est intéressante lorsqu'on parle de médicalisation du droit pénal. En effet, il faut savoir si les sciences médicales peuvent aider ou aident à appréhender l'imputabilité morale du mis en cause. La responsabilité pénale est liée à une personne⁵⁶⁷, « c'est dans la personne même de l'agent, et non dans la matérialité des faits commis par lui, que la responsabilité pénale trouve sa source »⁵⁶⁸. Dans la mesure où l'imputabilité est intimement liée à la personne et plus précisément à son psychisme, le droit fait appel à la psychiatrie afin de l'appréhender au mieux.

2) L'apport des sciences de la santé mentale dans l'appréhension de l'imputabilité

190. L'intégration du vocabulaire médical en droit pénal. Le Code pénal de 1810, en son article 64, disposait qu'il n'y avait « ni crime, ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au moment de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ». L'abandon de la notion d'état de démence s'explique par le fait que le vocabulaire médical et le vocabulaire juridique ne retenaient pas du tout la même définition de ce dernier⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ F. PETIPERMON, *Le discernement en droit pénal*, Paris, LGDJ, 2017, p. 47.

⁵⁶⁵ Art. 122-2, Code pén., « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ».

⁵⁶⁶ Art. 1218, Code civ.

⁵⁶⁷ C. DUBOIS, *op. cit.*, p. 413.

⁵⁶⁸ P-J DELAGE, *op.cit.*, p. 797.

⁵⁶⁹ M. EMERY, *L'expert psychiatre et l'audience de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Thèse, Lyon 1, 2016, p. 14.

Alors que sur le plan médical, la démence désigne la maladie mentale, caractérisée par un déclin progressif psychique et cognitif, présent chez la personne âgée et parfois chez la personne jeune. Sur le plan juridique, la démence désignait toute forme de trouble mental quelle que soit la cause ou l'expression clinique⁵⁷⁰.

Désormais, le Code pénal ne fait plus référence à la notion de démence mais à celle de trouble psychique ou neuropsychique. En vertu de l'article 122-1 du Code pénal, pour que la question de l'irresponsabilité pénale totale ou partielle de la personne se pose, cette dernière devait être atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré ou aboli son discernement au moment des faits.

Les notions de trouble psychique et de trouble neuropsychique ne sont pas juridiques, le législateur a tenu compte des données de la science en les inscrivant dans le Code pénal. Il s'agit d'une illustration forte de la médicalisation du droit pénal car la loi intègre le vocabulaire médical au sein de ses dispositions. En effet, il s'agit de notions d'origine médicale. Selon le Larousse, les troubles psychiques concernent la vie mentale, dans ses aspects conscients et/ou inconscients. Les troubles neuropsychiques quant à eux concernent les rapports entre les fonctions psychologiques supérieures et les structures cérébrales.

Les troubles psychiques et neuropsychiques sont considérés comme des troubles mentaux. La définition du trouble mental est bien une définition médicale ; c'est un « trouble médical⁵⁷¹ dont les manifestations sont principalement des signes ou des symptômes de nature psychologique (comportementale) ou, si elles sont physiques, ne peuvent être comprises qu'à l'aide de concepts psychologiques »⁵⁷².

L'abolition ou l'altération du discernement, élément déterminant de l'irresponsabilité pénale, « peut résulter d'une pathologie mentale, de troubles psychiques d'origine métabolique ou dégénérative »⁵⁷³. A l'inverse, la notion d'imputabilité n'est pas une notion médicale mais juridique. La présence d'un tel vocabulaire médical dans le Code pénal, démontre qu'il est

⁵⁷⁰ J-P OLLIE, I. FABRE, « La responsabilité judiciaire des malades mentaux, comment concilier approche judiciaire et médicale ? », La revue du praticien, n°56, p. 935.

⁵⁷¹ R. L. SPITZER, J. ENDICOTT, J-A MICOULAUD FRANCHI, « Troubles médicaux et mentaux : proposition d'une définition et de critères », Annales Médico-Psychologiques, 2018, n° 176, p. 668 ; Le trouble médical est un « état relativement spécifique résultant d'un dysfonctionnement dans l'organisme qui, dans sa forme complètement développée ou extrême, est directement et intrinsèquement associé à une détresse, des déficiences-incapacités ou d'autres types de désavantages. Le désavantage peut être de nature physique, perceptuelle, sexuelle ou interpersonnelle. Implicitement, il y a un appel à l'action de la part de la personne qui présente cet état, des professions médicales ou apparentées et de la société ».

⁵⁷² R. L. SPITZER, J. ENDICOTT, J-A MICOULAUD FRANCHI, *ibid.*, p. 668.

⁵⁷³ J-L GAUTIER, *Hospitalisation psychiatrique sous contrainte et droits fondamentaux*, Thèse, Aix en Provence, 2011, p. 289.

nécessaire pour le droit pénal de faire appel à la connaissance des sciences médicales afin d'appréhender des états qui sortent de son champ de compétence. Surtout, le législateur est une fois de plus influencé par les sciences médicales dans la rédaction de la norme, car l'article 122-1 du Code pénal rend nécessaire d'écouter la parole du médecin⁵⁷⁴, et donc la pluridisciplinarité dans l'appréhension de l'irresponsabilité pénale.

Néanmoins, le psychiatre n'est pas un juge en procédure pénale. Evidemment, l'expertise psychiatrique a une influence sur la prise de décision du juge qui ne peut dénier la compétence particulière de cet auxiliaire de justice. Le droit pénal, en inscrivant dans son article le vocabulaire médical rend obligatoire l'intervention du professionnel de santé. Le juge n'œuvre donc pas dans une démarche simplement juridique. Il ne s'agit pas d'une complémentarité entre médecine et droit dans la mesure où c'est bien le domaine médical qui conditionne les suites à donner à une procédure pénale, ce qui constitue un véritable déplacement du savoir psychiatrique dans le champ judiciaire. Cet avis permet d'aider à la compréhension du phénomène criminel.

B. L'aide à la compréhension du phénomène criminel

191. L'omniprésence de l'expertise. Par principe, dans la phase pré-sentencielle, l'expertise est ordonnée par la juridiction d'instruction ou de jugement⁵⁷⁵, et par exception par le Procureur de la République⁵⁷⁶. L'expertise psychiatrique ou psychologique peut même se retrouver lors de la garde à vue⁵⁷⁷, de l'enquête de flagrance⁵⁷⁸, de l'enquête préliminaire⁵⁷⁹, de l'instruction et du jugement. Cela révèle qu'elle peut se retrouver à toutes les étapes de la procédure et la liste des possibilités de recourir à cette dernière est conséquente⁵⁸⁰. Il y a donc

⁵⁷⁴ J-C COFFIN, « Lombroso et les paradoxes de sa science criminelle », in *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales et pénales*, (dir.) P. CONTE, S. TZITZIS, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 117.

⁵⁷⁵ Art. 81, Code de proc. pén.

⁵⁷⁶ Art. 706-47-1, Code de proc. pén., « Les personnes poursuivies pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 doivent être soumises, avant tout jugement au fond, à une expertise médicale. L'expert est interrogé sur l'opportunité d'une injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire. Cette expertise peut être ordonnée dès le stade de l'enquête par le procureur de la République. Cette expertise est communiquée à l'administration pénitentiaire en cas de condamnation à une peine privative de liberté, afin de faciliter le suivi médical et psychologique en détention prévu par l'article 717-1 ».

⁵⁷⁷ Art. 63-3, Code de proc. pén.

⁵⁷⁸ Art. 60, Code de proc. pén.

⁵⁷⁹ Art. 77-1, Code de proc. pén.

⁵⁸⁰ L. LETURMY, *op.cit.*, p. 66.

une réelle importance accordée aux expertises psychiatriques et psychologiques (1). Elles ont pour avantage de pouvoir donner un éclairage aux comportements criminels (2).

1) L'importance donnée aux expertises psychiatriques et psychologiques

192. La mission fondamentale confiée à l'expert. La commission d'un crime est source d'incompréhension pour la société, car « c'est la folie criminelle qui retient l'intention et suscite l'effroi, bénéficiant de la sorte d'une large publicité »⁵⁸¹. L'expert a une mission fondamentale, car il permet de mettre des mots sur un acte⁵⁸², en recherchant les déterminants criminels. Il tente d'expliquer le passage à l'acte. En effet, l'avis de l'expert est fondamental dans l'évaluation de la responsabilité pénale de la personne, parce que « quel que soit l'avis donné par l'expert, il contribuera à tranquilliser les débats, à ramener la raison, surtout quand les divers médias interviennent pour comparer le prévenu à un « monstre ». Le psychiatre ou le psychologue est un acteur important car il permet de comprendre un acte, de rendre intelligible l'insupportable »⁵⁸³.

Néanmoins, la mission de l'expert psychiatre ou psychologue n'est pas seulement de donner une explication au comportement criminel ; c'est d'ailleurs pour cela qu'il est plus approprié de dire que l'expertise psy a une double mission : « privilégier les causes du crime ou bien rechercher la maladie mentale »⁵⁸⁴. « La science inspire confiance et elle laisse au juge espérer qu'elle va le garantir contre tout risque d'erreur »⁵⁸⁵, elle permet une meilleure appréhension de l'infraction pénale.

La psychiatrie et la psychologie n'échappent pas à cette affirmation et, grâce à leurs évolutions, elles permettent une meilleure compréhension du comportement infractionnel. Le rapport de l'expert sur la personnalité est déterminant⁵⁸⁶. Il ne saurait exister d'appréhension de

⁵⁸¹ S. ABDELLAOUI, *L'expertise psycholégale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 25.

⁵⁸² S. TZITZIS, « Fascination du crime, aliénation de l'homme délinquant », in *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales et pénales*, (dir.) P. CONTE, S. TZITZIS, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 170.

⁵⁸³ C. MANZANERA, J-L SENON, « L'expertise psychiatrique pénale : questionnements après l'audition publique de la haute autorité de santé », in *L'expertise psycho-légale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, (dir.) S. ABDELLAOUI, Paris, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2012, p. 167.

⁵⁸⁴ F. HADOUIN, A. GOLSE, P. PLICHART, « L'expertise de parricide : un art difficile entre mobile, sens et fonction », in *L'expertise psycho-légale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, (dir.) S. ABDELLAOUI, Paris, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2012, p. 80.

⁵⁸⁵ C. AMBROISE-CASTEROT, « Des contradictions dans le contradictoire en matière d'expertise pénale », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 23.

⁵⁸⁶ S. FOULON, « Le poids de l'expertise devant la Cour d'assises », AJ pén. 2014, p. 513.

la responsabilité pénale sans une évaluation du psychisme de la personne, passant nécessairement par une approche psychiatrique ou psychologique. Dans tous les cas, parce que le législateur fait apparaître la notion de trouble psychique ou neuropsychique, l'intervention du professionnel de la santé mentale s'avère incontournable.

Il a fallu attendre les travaux de psychiatres, Pinel et Esquirol pour avoir la certitude que la folie était une maladie aliénante de l'esprit, exclusive du libre arbitre et de la liberté de décision⁵⁸⁷. C'est donc bien le travail de différents psychiatres qui a permis une évolution du droit pénal quant à l'appréhension de l'imputabilité pénale. Bien que l'importance de la mission laissée à l'expert soit critiquable, il n'en demeure pas moins que cela témoigne de la réalité d'un droit pénal qui suit les évolutions de son temps, qui n'est pas obtus face aux progrès de la science. La constatation médicale des troubles a en plus l'avantage de donner un éclairage sur des comportements criminels.

2) L'éclairage sur des comportements criminels

193. L'éclairage sur des cas d'infanticide. L'infanticide est l'un des actes criminels les plus difficiles à comprendre, il illustre la complexité du lien mère-enfant⁵⁸⁸. Il est « un acte criminel hautement traumatique avec des répercussions psychopathologiques et socio familiales graves, marqué par la pluralité de ses formes, la diversité de ses aspects et la fréquence des cas dissimulés »⁵⁸⁹. De ce fait, il est difficile d'estimer le nombre d'infanticides en France aujourd'hui⁵⁹⁰ et il semble que les cas soient sous-estimés⁵⁹¹. Une étude a été menée afin de donner des éléments de compréhension sur les meurtres d'enfants⁵⁹². Elle ne concerne pas les cas d'abolition du discernement, car ils n'ont pas donné lieu à un jugement. Ladite étude démontre que les violences sur enfant surgissent dans un contexte psychopathologique

⁵⁸⁷ C. MANZANERA, J-L SENON, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », AJ pén. 2008, p. 176.

⁵⁸⁸ N. NABHAN-ABOU, « Infanticides : ces mères qui tuent », Revue européenne de psychiatrie, vol. 29, novembre 2014, p. 627.

⁵⁸⁹ I. RAMMOUZ, D-A TAHIRI, R. AALOUANE, S. KJIRI, F-Z SEKKAT, « Infanticide en post-partum : à propos d'un cas », L'Encéphale, vol. 32, juin 2008, p. 284.

⁵⁹⁰ A. TURSZ, « Les infanticides en France : peut-on les repérer, les compter, les prévenir ? », Archives de pédiatrie, vol. 21, avril 2014, p. 343.

⁵⁹¹ C. REY-SALMON, « Les infanticides : données médico-légales », Archives de Pédiatrie, vol. 19, juin 2012, p. 315.

⁵⁹² Il s'agit d'une recherche interdisciplinaire initiée dans le cadre du GRhACC à la suite de contacts avec l'ICSH de l'Université de Rennes 2. Le GRhACC a pour objet l'étude criminologique des déviances et des faits de société qui leur sont liés dans une approche interdisciplinaire. Cette étude était relative à la problématique du meurtre d'enfant, elle a donné lieu à un colloque international du 27 au 29 novembre 2008 à l'Université de Rennes 2, intitulé « Meurtre d'enfant, enfant meurtrier ».

particulier et que sept fois sur dix, la mère est l'auteur du crime, car ces violences sont connexes à la complexité des facteurs sociologiques et psychologiques liés à la maternité. Le parent exerce de préférence sa violence sur l'enfant de même sexe. Les meurtres d'enfants concernent des personnes présentant des carences affectives, une fragilité narcissique et/ou une pathologie dépressive, il ne s'agit donc pas à proprement parler de pathologie psychiatrique. De plus, il découle de cette étude, que principalement les modes opératoires sont les coups, les secouements, les jets par terre ou par la fenêtre. En revanche, les personnes présentant une pathologie psychiatrique passent plus à l'acte par noyade et défénéstration⁵⁹³. Le travail des professionnels de la santé mentale permet de donner un certain éclairage, afin de comprendre le pourquoi du comment un être humain peut commettre de tels crimes. Pour le juriste, cet éclairage aura une incidence sur le choix de la peine⁵⁹⁴, le suivi en détention, ou le suivi post-détention⁵⁹⁵.

194. L'éclairage sur certains homicides. Pour illustrer ce propos, les homicides commis par des personnes souffrant de schizophrénie ou de paranoïa est topique. La plupart de ces auteurs n'ont pas d'antécédents judiciaires. Toutefois, le risque de commettre un homicide est quatre à dix fois plus élevé chez les patients souffrant de schizophrénie⁵⁹⁶, dans la mesure où « les délires de préjudice et/ou de persécution peuvent motiver certains passages à l'acte défensifs, vindicatifs et parfois criminels »⁵⁹⁷. Les délires de persécution présents chez les personnes schizophréniques ou paranoïaques engendrent « un climat émotionnel fait d'angoisse et de peur qui suscite la plupart du temps des réactions pathologiques de défense et/ou de vengeance »⁵⁹⁸. Ces réactions de défense et/ou de vengeance entraînent alors des comportements pouvant se traduire en agression contre la personne, qu'ils voient comme leur persécuteur. Souvent, ces réactions sont extrêmement violentes et peuvent mener à la commission d'homicide unique voire multiple. Il s'agit de croyances délirantes criminogènes. Se sentant persécuté, le meurtre s'impose comme étant la seule défense. Généralement, l'agression va être brutale et la victime presque exclusivement un proche de l'auteur. Les

⁵⁹³ J-P DURIF-VAREMBONT, M. RAVIT, J-M ELCHARDUS, « Meurtres d'enfants : perspectives psychiatriques sur une violence spécifique », RSC 2013, p. 181.

⁵⁹⁴ Cf *infra* n° 262.

⁵⁹⁵ Cf *infra* n° 345 et s.

⁵⁹⁶ M-L BOURGEOIS, M. BENEZECH, « Dangerosité criminologique, psychopathologie et co-morbidité psychiatrique », Annales Médico-psychologiques, Revue Psychiatrique, vol. 159, septembre 2001, p. 479.

⁵⁹⁷ J-P BOUCHARD, « Schizophrénie, rencontre virtuelle, rapports sexuels et homicide », Revue européenne de sexologie et de santé sexuelle, 2014, vol. 23, p. 128.

⁵⁹⁸ J-P BOUCHARD, « Intérêt curatif et préventif des thérapies cognitives et comportementales (TCC) dans le traitement des croyances délirantes schizophréniques criminogènes : TCC d'une conviction délirante ayant généré un double homicide à l'extérieur de la famille », Annales Médico-Psychologiques, 2014, n° 172, p. 741.

personnes souffrant de tels délires présentent souvent d'autres troubles de la personnalité, ce qui augmente le risque de violence envers autrui⁵⁹⁹.

A titre d'exemple, une étude a été menée sur quarante-deux hommes auteurs de parricide⁶⁰⁰ entre 1963 et 2003, et hospitalisés d'office en unité pour malades difficiles (UMD). Elle a démontré que 83,3% des auteurs souffrent de schizophrénie, 14,3% de paranoïa et que l'homicide représente une réaction émotionnelle de défense, sans mobile rationnel, qu'il est impulsif, très violent et réalisé au domicile familial⁶⁰¹. La cause étant que « les malades mentaux homicides agressent deux fois plus souvent des victimes de leur famille »⁶⁰². Chez les schizophrènes, la commission du parricide résulte de thèmes délirants de persécution. Les différents événements de vie recensés chez ces auteurs sont principalement la mésentente entre les parents, la séparation ou la rupture affective dans le couple, le décès d'un parent, les carences affectives, le placement en foyer ou en famille d'accueil, la maltraitance mais encore les antécédents d'agression sexuelle⁶⁰³.

Le travail des psychiatres a également établi un lien entre la schizophrénie et la commission d'un double parricide. L'individu, âgé de 27 ans au moment des faits avait déjà été hospitalisé plusieurs fois avant le drame en raison de bouffées délirantes. En 1997 il se retrouvait face à la justice en raison de violences volontaires avec usage ou menace d'une arme à l'encontre d'un gérant de bar. L'expertise psychiatrique concluait à « l'évolution d'une psychose d'allure schizophrénique nécessitant des soins à longs terme incluant un suivi et un traitement ambulatoire ». En 1999, il se rendait coupable de violences volontaires et menace de mort sur une jeune fille qu'il convoitait. Les expertises psychiatriques concluaient à une altération du discernement et il était condamné à 30 mois d'emprisonnement dont 15 avec sursis⁶⁰⁴. C'est le 25 décembre 2000, qu'il abattait son père de deux coups de fusil et sa mère de trois coups de

⁵⁹⁹ J-P BOUCHARD, D. BRULIN-SOLIGNAC, A. DE JESUS, E. FLORIS, B. QUILLEROU, C. LODETTI, X. SOULAN, « Délires paranoïaques, dangers et homicides », *Annales Médico-Psychologiques*, 2018, n° 176, p. 702.

⁶⁰⁰ L'ancien Code pénal, en son article 299 disposait que le parricide était « le meurtre des pères et mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime ». Désormais, l'article 221-4 du Code pénal prend en compte le statut d'ascendant légitime ou naturel et ou celui de père ou mère adoptifs, au titre de circonstance aggravante du meurtre entraînant la réclusion criminelle à perpétuité.

⁶⁰¹ P. LE BIHAN, M. BENEZECH, « Degré d'organisation du crime de parricide pathologique : mode opératoire profil criminologique. A propos de 42 observations », *Annales Médico-psychologiques, Revue psychiatrique*, vol. 162, octobre 2004, p. 615.

⁶⁰² S. BARBERA PERA, A. DAILLIET, « Homicide par des maladies mentales : analyse clinique et criminologique », *L'Encéphale*, vol. 31, novembre 2005, p. 540.

⁶⁰³ P. LE BIHAN, M. BENEZECH, *op.cit.*, p. 617.

⁶⁰⁴ J-P BOUCHARD, A-S BACHELIER, « Schizophrénie et double parricide : à propos d'une observation clinique », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, vol. 162, p. 629.

fusil⁶⁰⁵. Une seconde expertise psychiatrique concluait à l'abolition du discernement au moment des faits, un non-lieu était rendu. L'individu était par la suite transféré en UMD. Son hospitalisation laissait apparaître l'existence d'une conviction de persécution active, de bouffées délirantes, d'un traumatisme suite au divorce de ses parents et à la suite du décès de son neveu⁶⁰⁶.

Sans l'étude psychiatrique de la schizophrénie ou de la paranoïa, il aurait été impossible pour le juge pénal de prendre en compte l'état de santé de l'auteur de l'infraction, surtout il n'en aurait pas eu connaissance. L'importance laissée aux éclairages psychiatriques dépend du but poursuivi par la justice. Soit on est face à une justice pénale indifférente à la personnalité de l'auteur, soit on est face à une justice qui tente de comprendre ce dernier, dans le but de faire peser dans la balance toutes les circonstances entourant l'infraction. C'est une vision plus individualisée mais aussi plus humaniste du droit pénal, qui ne s'intéresse pas seulement au trouble causé à l'ordre public mais aussi à l'infracteur, qui en raison d'un trouble pouvait ne pas avoir conscience de son acte. Le droit pénal en tire des conséquences en termes de responsabilité, de détermination de la sanction et du suivi de la personne.

Ces différentes illustrations soulignent que la psychiatrie aide véritablement à la compréhension de certains comportements. Cette science permet « d'humaniser » des actes jugés atroces par la société. De surcroît, la psychiatrie permet d'aider au mieux l'appréhension de la responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre par l'étude du psychisme des personnes soupçonnées. L'aide de la psychiatrie est nécessaire non seulement pour comprendre le phénomène criminel mais également pour que le juge pénal puisse déterminer si la personne est responsable. Lorsqu'on se questionne sur l'imputabilité, la notion de discernement entre aussi en jeu.

⁶⁰⁵ J-P BOUCHARD, A-S BACHELIER, *op.cit.*, p. 628.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 631.

II. Le discernement comme condition de l'imputabilité

195. La reconnaissance de causes d'irresponsabilité pénale. Parfois la personne mise en cause n'est pas en mesure d'être pénalement responsable. Le législateur a donc prévu des causes d'irresponsabilité pénale lorsqu'elle ne peut pas répondre de ses agissements. Il existe des causes objectives et des causes subjectives d'irresponsabilité pénale.

Les causes subjectives d'irresponsabilité pénale sont attachées à la personne de l'auteur. Parmi elles, on retrouve l'individu non discernant. Il peut s'agir du mineur mais aussi du majeur qui souffrait au moment de la commission des faits d'un trouble psychique ou neuropsychique. Ce sont donc les troubles du discernement qui fondent l'irresponsabilité pénale de la personne soupçonnée, et ils font l'objet d'une évaluation psychiatrique (A). En raison de l'influence grandissante des sciences médicales en la matière, une remise en cause du mécanisme d'imputabilité voit le jour (B).

A. L'évaluation psychiatrique des troubles du discernement

196. L'intervention nécessaire de l'expert psychiatre. Tout d'abord, c'est l'article 122-1 du Code pénal qui fait référence à la notion de discernement en ce qui concerne la responsabilité pénale. En vertu dudit article, l'intervention de l'expert psychiatre est indirecte car les troubles du discernement sont des troubles dits médicaux, que seul un médecin a la capacité d'évaluer. Ces derniers ne sont pas tous de la même gravité, il existe une gradation des troubles du discernement.

197. L'existence de différents troubles du discernement. Afin de comprendre la gradation des défauts d'aptitude à la responsabilité, il faut différencier les différents troubles mentaux et les maladies mentales. Parmi les troubles mentaux, on retrouve les troubles de la personnalité (personnalité antisociale) tels que la psychopathie ou la sociopathie. Il y a aussi les troubles de la conscience ou de l'intelligence qui sont des troubles stables et permanents, dus à un retard mental ou à une démence. Enfin, la troisième catégorie regroupe les maladies mentales, à savoir les psychoses (schizophrénie⁶⁰⁷, paranoïa⁶⁰⁸, maniaques⁶⁰⁹) et les névroses

⁶⁰⁷ Les auteurs d'infraction reconnus schizophrènes se voient imputer des actes tels que les meurtres ou les agressions sexuelles.

⁶⁰⁸ Les auteurs d'infraction reconnus comme étant paranoïaques, se voient imputer des actes tels que des crimes passionnels, des actes fanatiques.

⁶⁰⁹ On attribue aux personnes maniaques la commission d'actes tels que les rixes, injures, menaces, viols, rebellions, escroquerie etc.

(neurosthénie, angoisse, hystérie, phobies, troubles obsessionnels compulsifs). Ces différents troubles mentaux sont à l'origine des troubles du discernement mais ne sont pas tous de la même intensité. Cette différence d'intensité va conditionner le choix de l'atteinte au discernement. Dans la mesure où il s'agit de trouble dits mentaux, la psychiatrie est la plus à même de les appréhender, les évaluer. Il y a une gradation dans l'étude des défauts du discernement (1). Cependant, il s'avère que l'évaluation des troubles du discernement est insuffisante (2).

1) La gradation des troubles du discernement

198. Le régime de l'altération du discernement. L'altération du discernement reprend la Circulaire Chaumié de 1905⁶¹⁰ « où l'anormal mental était déclaré responsable mais bénéficiait de circonstances atténuantes et était condamné à une peine moins sévère que s'il avait totalement joui de ses facultés mentales ; l'on parlait de responsabilité partielle ou d'atténuation de responsabilité »⁶¹¹. La personne dont le discernement était altéré au moment des faits reste quand même punissable mais la juridiction devra tenir compte de cette altération pour fixer la peine applicable. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines, et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, précise le régime des réductions de peine applicables aux auteurs d'infraction dont le discernement était altéré. Dans sa rédaction initiale, l'alinéa second de l'article 122-1 du Code pénal, imposait de tenir compte de l'altération du discernement dans la fixation de la peine, sans pour autant préciser une mesure.

Désormais, bien qu'il puisse être écarté, le principe de la réduction de peine est « pleinement consacré, l'altération du discernement devenant de la sorte, à l'image de la minorité, une cause de diminution légale de la peine »⁶¹². La personne au discernement altéré a désormais une peine réduite du tiers par rapport à la peine maximale normalement encourue. Concernant les crimes punis de réclusion ou de détention criminelle à perpétuité, la peine doit être ramenée à trente ans⁶¹³. C'est une véritable prise en considération de l'état de la personne dans le choix de la peine. La maladie mentale n'est plus ignorée, l'auteur de l'infraction n'est plus seulement envisagé sous l'angle du trouble à l'ordre public qu'il a causé. La prise en compte de l'altération

⁶¹⁰ D. ZAGURY, « Irresponsabilité pénale du malade mental : le rôle de l'expert », AJ pén. 2004, p. 311.

⁶¹¹ P. CHENIVESSE, « Folie et (ir)responsabilité », in *L'institution psychiatrique au prisme du droit, La folie entre administration et justice*, (dir.) G. KOUBI, P. HENNION-JACQUET, V. AZIMI, Paris, ed. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2015, p. 114.

⁶¹² R. MESA, « L'étrange régime répressif de l'anormal mental », Gaz. Pal. 6 novembre 2014, p. 3539.

⁶¹³ C. FLEURIOT, « Responsabilité pénale et trouble mental ayant altéré le discernement : adoption au Sénat », D. actu. 1^{er} février 2001.

du discernement de la personne est une réelle prise en considération du trouble mental par le législateur pénal.

L'altération du discernement est proposée « pour des troubles psychotiques en dehors des poussées processuelles, pour des insuffisances intellectuelles légères, pour des troubles anxiodépressifs d'intensité modérée ou des états de détérioration intellectuelles préséniles »⁶¹⁴. Les cas concernés par l'altération du discernement semblent donc bien être des pathologies, qu'il faut donc apprécier médicalement. Le rôle de la psychiatrie trouve tout son sens dans l'évaluation des troubles du discernement, et le législateur laisse une place de choix à l'expert, le second plus grave, étant l'abolition du discernement.

199. L'appréhension psychiatrique de l'abolition du discernement. L'abolition du discernement est la conséquence d'un trouble psychique ou neuropsychique plus grave que celui en cause pour l'altération du discernement, en rapport avec une pathologie psychiatrique connue. En vertu de l'alinéa premier de l'article 122-1 du Code pénal, « 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 ». Ce défaut de discernement concerne « pour la plupart des experts, des psychoses chroniques notamment schizophréniques en poussée évolutive, des bouffées délirantes, des troubles thymiques en phase aiguë (mélancolie ou manie), de confusions mentales ou encore d'une détérioration cognitive au décours d'une démence de type Alzheimer »⁶¹⁵. Autrement dit, l'abolition du discernement, « élément déterminant de l'irresponsabilité pénale, peut résulter d'une pathologie mentale, de troubles psychiques d'origine métabolique ou dégénérative »⁶¹⁶.

L'intensité du trouble psychique ou neuropsychique va décider de l'irresponsabilité pénale. Une fois constatée médicalement, l'abolition du discernement produit des effets de droit. Elle va avoir pour conséquence l'irresponsabilité pénale de la personne contrairement à l'altération du discernement⁶¹⁷. En revanche, bien que la personne soit déclarée irresponsable pénalement,

⁶¹⁴ J-L SENON, C. MANZANERA, « L'expertise psychiatrique pénale : les données d'un débat », AJ pén. 2006, p. 66.

⁶¹⁵ J-L SENON, C. MANZANERA, *op.cit.*, p. 66.

⁶¹⁶ J-L GAUTIER, *op.cit.*, p ; 289.

⁶¹⁷ E. BONIS-GARCON, « Troubles psychiques, maladies mentales », Rép. Dr. pén. et proc. pén., avril 2013 (actu. 2014), n° 10.

il sera toujours possible pour la partie civile d'obtenir réparation du dommage devant une juridiction civile⁶¹⁸, voire la tenue d'une audience⁶¹⁹.

Cependant, il n'existe pas de présomption d'irresponsabilité tenant à telle ou telle affection mentale, il est donc nécessaire de prouver l'existence d'un trouble, pour se faire, les connaissances psychiatriques sont véritablement indispensables.

Des propositions de réformes sur l'abolition du discernement ont vu le jour après l'affaire dite Hamili. Le 19 décembre 2019, la Cour de cassation a rendu une décision inédite contre un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris. En l'espèce, Kobili Traoré était poursuivi pour le meurtre de Sarah Hamili, commis dans des conditions particulièrement atroces. Après avoir roué sa voisine de coups, il l'avait jeté par-dessus la rambarde de son balcon. Ce dernier avait une consommation quotidienne et importante de cannabis. Il était sous l'emprise de la drogue au moment des faits. Ses proches rapportaient que quelques jours avant la commission des faits, son comportement était inhabituel et inquiétant⁶²⁰. De surcroît, la victime étant de confession juive, la thèse d'un meurtre antisémite était défendue. Lors du passage à l'acte, l'individu avait profané des propos antisémites. La Cour d'appel retenait que Kobili Traoré était irresponsable de ses actes pour cause de trouble mental ayant aboli son discernement. Elle considérait que « la bouffée délirante [...] due à la consommation régulière de cannabis ne fait pas obstacle à ce que soit reconnue l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, puisqu'aucun élément du dossier d'information n'indique que la consommation de cannabis par l'intéressé ait été effectuée avec la conscience que cet usage de stupéfiants puisse entraîner une telle bouffée délirante ».

Dans cette affaire, trois expertises psychiatriques étaient rendues. La première retenait que Monsieur Traoré souffrait de bouffées délirantes aiguës, induits par la prise de cannabis. Dans la mesure où la prise du cannabis était volontaire, la première expertise retenait que « l'abolition du discernement ne peut être retenue du fait de la prise consciente et volontaire régulière du cannabis en très grande quantité ». Toutefois, « la nature des troubles dépassant largement les effets attendus justifie que l'on considère son discernement comme ayant été altéré au sens du deuxième alinéa de l'article 122-1 ». Cette première expertise concluait donc à l'altération mais pas à l'abolition du discernement car la bouffée délirante aiguë était une réaction dépassant ce

⁶¹⁸ Art. 414-3, Code civ., « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ».

⁶¹⁹ Cf *infra* n° 210.

⁶²⁰ J. MUCCHIELLI, « Affaire Sarah Halimi : cannabis, meurtre antisémite et irresponsabilité pénale », D. actu. 30 décembre 2019.

que le mis en cause pouvait prévoir. L'expert précisait que « la bouffée délirante aigüe n'est pas l'ivresse cannabique. Elle était la réaction psychique à un moment donné, à la consommation habituelle du sujet ». L'ivresse cannabique ne pouvait donc pas être considérée comme une cause d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble ayant aboli le discernement.

Néanmoins, une deuxième expertise, rendue par un collège de trois experts apportait une conclusion différente. Pour eux, « ce trouble psychotique bref a aboli le discernement, car l'augmentation de la consommation de cannabis (augmentation très relative) s'est faite pour apaiser son angoisse et son insomnie, prodromes probables de son délire, qui n'a fait qu'aggraver le processus psychotique déjà amorcé ».

La troisième expertise retenait les mêmes conclusions que la deuxième donc une abolition du discernement.

La Cour de cassation rejoignait quant à elle les deux dernières expertises et la décision de la Cour d'appel. En effet, à l'issue de cette affaire, « la circonstance qu'une bouffée délirante soit due à la consommation régulière de cannabis ne fait pas obstacle à ce que soit reconnue l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement, puisqu'aucun élément n'indique que cette consommation ait été effectuée avec la conscience qu'elle pouvait entraîner une bouffée délirante »⁶²¹.

Cette prise de position était surprenante à plusieurs égards. Tout d'abord, l'abolition a été retenue alors que les trois expertises avaient des conclusions différentes. Néanmoins, cette prise de position rappelait que le juge n'est pas lié à une expertise et qu'il apprécie souverainement⁶²², d'après son intime conviction, les éléments qui lui sont soumis. Ensuite, la décision était d'autant plus surprenante que Monsieur Traoré s'était intoxiqué volontairement au cannabis. Pour autant, « la bouffée délirante consécutive à la consommation de cannabis n'était pas une conséquence qui était connue du mis en examen »⁶²³. Il ne revenait pas à la Cour de cassation de se prononcer sur le fait « de savoir si la consommation de stupéfiants constitue ou non une cause d'irresponsabilité *per se*. Il est en effet solidement établi que le seul manque de lucidité consécutif à une consommation de psychotropes ne constitue pas, en soi, une cause d'irresponsabilité »⁶²⁴.

⁶²¹ S. FUCINI, « Affaire Sarah Halimi : déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », D. actu. 3 février 2020.

⁶²² Crim. 21 mars 2012, n° 12-80.178 P, D. actu., 11 mai 2012, obs. L. PRIOU-ALIBERT; AJ pén. 2012. 416, obs. J. GALLOIS ; 23 janv. 2013, n° 12-81.501 ; 12 avr. 2016, n° 15-80.207 ; 13 févr. 2018, n° 17-86.952.

⁶²³ V. TELLIER-CAYROL, « La turpitude du fou », D. 2020, p. 349.

⁶²⁴ S. HASNAOUI-DUFRENNE, D. actu. 28 avril 2021.

Cependant, au regard du droit positif, l'article 122-1 ne s'attardait pas à l'origine du trouble mental qui a entraîné l'altération ou l'abolition du discernement⁶²⁵. En effet, à partir du moment où il existe une absence de discernement, la responsabilité pénale ne pouvait être retenue et ce peu importe ce qui avait causé le trouble. La solution de la Cour de cassation était donc conforme à la loi.

A la suite de cette décision, deux propositions de lois avaient été déposées devant le Sénat. La première, « 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 »⁶²⁶ envisageait que « les dispositions de l'article 122-1 du code pénal ne s'appliquent pas lorsque l'état de l'auteur résulte de ses propres agissements ou procès lui-même d'une infraction antérieure ou concomitante ». La seconde proposition prévoyait que « les causes d'exemption ou d'atténuation de la responsabilité pénale prévues au présent article ne s'appliquent pas lorsque l'état de la personne concernée est dû à ses propres agissements et notamment à la consommation volontaire de substances hallucinogènes ou autre »⁶²⁷. Autrement dit, certains étant favorables à une évolution du droit défendaient que l'article 122-1 ne devait pas profiter à l'auteur qui commet une faute, laquelle était la cause directe du passage à l'acte⁶²⁸.

En septembre 2021, un projet de loi était déposé, conduit par les députés Naïma Moutchou et Antoine Savignat. Selon ces derniers, l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental « pose problème lorsque la personne s'est délibérément intoxiquée avant de commettre l'infraction. Dès lors, ils préconisaient de modifier la loi pour écarter l'abolition du discernement, quand elle a été délibérée, par intoxication volontaire, afin de faciliter la commission de l'infraction »⁶²⁹. L'article 2 du projet de loi relatif à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure préconisait de ne pas retenir l'irresponsabilité pénale lorsqu'une personne consomme « volontairement, de façon illicite ou manifestement excessive, des substances psychoactives en ayant connaissance du fait que cette consommation est susceptible de la conduire à commettre des atteintes à la vie ou à l'intégrité d'autrui ». Adopté en première lecture le 23 septembre 2021 et définitivement adopté en décembre 2021, ce texte laisse « le juge du fond statuer, à l'issue d'une audience à huit clos, sur les cas où il y a hésitation entre

⁶²⁵ Crim. 14 avril 2021, n° 20-80.135, AJ pénal 2021. 254.

⁶²⁶ Sénat, prop. de loi n° 232, présentée par N. Goulet et enregistrée à la présidence du Sénat le 8 janvier 2020.

⁶²⁷ Sénat, prop. de loi n° 252, présentée par J.-L. MASSON, C. HERZOG et C. KAUFFMANN et enregistrée à la présidence du Sénat le 16 janvier 2020.

⁶²⁸ J. LEAUTE, « Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale », D. 1981, chron. 295.

⁶²⁹ P. JANUEL, « Affaire *Halimi* : les députés avancent sur l'irresponsabilité pénale », D. actu. 1^{er} juillet 2021.

l'abolition ou l'altération du discernement »⁶³⁰. Le texte pose problème quant à la preuve que l'individu avait conscience que sa consommation pouvait le conduire à commettre une infraction. En effet tout d'abord, la consommation doit avoir été faite « dans le dessein de commettre l'infraction ». En d'autres termes, « le projet criminel a été construit en amont et dans lequel la consommation de drogue ou d'alcool intervient comme un élément facilitateur du passage à l'acte, pour se « donner du courage » »⁶³¹. De surcroît, la consommation doit intervenir « dans un temps très voisin de l'action ». Il reviendra au juge d'apprécier l'existence de liens de causalité « entre l'intention de commettre l'infraction et la prise des substances d'une part et entre l'intoxication volontaire et l'abolition du discernement d'autre part, mais également sur la détermination, non moins délicate, « du temps très voisin »⁶³². L'article 122-1-1 soulève alors des difficultés en matière probatoire. Cette preuve reviendra très probablement aux experts psychiatres qui verront leur mission se compliquer toujours un peu plus. Ensuite, dans la rédaction de l'article 122-1-1, le législateur n'a pas pris soin de définir ce qu'il entend par « substances psychoactives ». Elle renverrait « à toute substance susceptible d'influer sur le psychique, l'activité mentale et le système nerveux d'un individu. Cela devrait englober les différents produits stupéfiants, mais aussi l'alcool ou certains médicaments »⁶³³.

Dans la mesure où ces troubles sont d'origine médicale, les experts psychiatres jouent dans ce domaine un rôle fondamental. Néanmoins, bien que la psychiatrie soit d'une aide incontournable dans l'évaluation des troubles du discernement, il n'en demeure pas moins que cette dernière ne soit pas entièrement satisfaisante.

2) L'évaluation insuffisante des troubles du discernement

200. L'ambivalence de la mission de l'expert psychiatre. L'expert psychiatre ou psychologue est un acteur fondamental en droit pénal, un acteur que l'on écoute avec attention mais sa mission reçoit des critiques quant à sa légitimité (*a*) et il s'avère que la preuve du trouble peut être difficile à rapporter (*b*).

⁶³⁰ J-M PASTOR, « Le projet de loi Responsabilité pénale adopté définitivement », AJDA 2021, p. 2494.

⁶³¹ S. PELLE, « De la responsabilité pénale, du trouble mental et de quelques autres dispositions en matière de sécurité intérieure », D. 2022, p. 519.

⁶³² L. LETURMY, « Les nouveaux liens entre substances psychoactives, perte du discernement et responsabilité pénale », AJ pén. 2022, p. 135.

⁶³³ E. CLEMENT, « Loi responsabilité pénale et sécurité intérieure : tu ne t'intoxiqueras point », D. actu. 7 février 2022.

a) Les critiques quant à la légitimité des expertises

201. La subjectivité critiquée des expertises psy. Foucault critiquait déjà la subjectivité de l'expertise psychiatrique⁶³⁴, car il existerait une limite épistémologique de l'expertise. En effet, les sciences de la santé mentale révèlent une « incapacité à établir un diagnostic indiscutable et, plus encore, à faire des pronostics fiables »⁶³⁵. Ce manque d'objectivité des expertises est critiqué dans la mesure où elles jouissent d'un pouvoir important, celui de « déterminer, directement ou indirectement, une décision de justice qui concerne, après tout, la liberté ou la détention d'un homme »⁶³⁶. Cependant, cette critique doit être nuancée car les expertises psychiatriques ou psychologiques apportent une source de savoir pour le juge pénal qui finalement décide souverainement, d'après son intime conviction quelle issue donner à une affaire. Il faut rappeler qu'une expertise ne lie jamais un juge et l'affaire Hamili en est une parfaite illustration, car les expertises en présence étaient contradictoires.

202. Le dépassement supposé des missions de l'expert psychiatre. En vertu de l'article D. 16 du Code de procédure pénale relatif à l'enquête de personnalité dont fait partie l'expertise psychiatrique, l'expert missionné par le juge n'a pas à se prononcer sur la culpabilité de la personne⁶³⁷. En effet, l'appréciation de la culpabilité revient à l'autorité judiciaire⁶³⁸, dans le cas contraire, il y aurait une atteinte à la présomption d'innocence.

De même, l'article 158 du Code de procédure pénale dispose « La mission des experts qui ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre technique est précisée dans la décision qui ordonne l'expertise ». Dans la mesure où la culpabilité ne semble pas être une question d'ordre technique, les experts n'ont pas à s'exprimer sur ce point.

Néanmoins, il s'avère que parfois, en pratique, les experts psychiatriques ne font pas que de simples constats car ils répondent à des questions qui ne portent pas sur la culpabilité. Dans son rapport, l'expert fait un rappel des faits et recompose la personnalité du mis en cause à

⁶³⁴ M. FOUCAULT, *Le pouvoir psychiatrique, Cours au Collège de France*, Paris, Seuil, 1973-1974.

⁶³⁵ O. RAZAC, « La critique de l'expertise psychiatrique chez Foucault », in *L'expertise psycholégale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, (dir.) S. ABDELLAOUI, Paris, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2012, p. 47.

⁶³⁶ M. FOUCAULT, *Les anormaux, Cours au Collège de France*, 1974-1975, p. 7.

⁶³⁷ Art. D. 16, Code de proc. pén., « L'enquête sur la personnalité des personnes mises en examen ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale prévue à l'article 81, alinéa 6, du code de procédure pénale et les examens, notamment médical et médico-psychologique, mentionnés à l'alinéa 7 dudit article, constituent le dossier de personnalité de la personne mise en examen. Ce dossier a pour objet de fournir à l'autorité judiciaire, sous une forme objective et sans en tirer de conclusion touchant à l'affaire en cours, des éléments d'appréciation sur le mode de vie passé et présent de la personne mise en examen. Il ne saurait avoir pour but la recherche des preuves de la culpabilité ».

⁶³⁸ M. VOYER, « Quand les avocats « condamnent » les experts psychiatres », AJ pén. 2014, p. 507.

partir de ces derniers, sauf que ces faits n'ont pas encore été jugés. On parle ici d'une erreur méthodologique appelée « le biais rétrospectif » en raison duquel l'expert tient les faits pour acquis alors que la personne est encore présumée innocente⁶³⁹. Les réponses du sujet peuvent orienter l'expert sur sa culpabilité, car « le récit des faits par le mis en examen peut comporter - sans que l'expert fasse nécessairement en sorte que cela soit le cas – des données qui accréditent la thèse de la culpabilité du mis en examen ou en tout cas fassent surgir des différences avec ce qu'il a dit par ailleurs sur les faits, différences sur lesquelles le mis en examen devra s'expliquer »⁶⁴⁰. Par ailleurs, l'expert donne son avis sur la capacité ou non pour la personne de passer à l'acte, ce qui peut faire ressortir sa culpabilité ou son innocence, alors même que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait contrevenir ce dépassement des missions de l'expert.

Cependant, la chambre criminelle a estimé à plusieurs reprises que les textes visés n'interdisaient pas aux experts psychiatres d'envisager la culpabilité de la personne mise en cause⁶⁴¹. En effet, elle estime que « l'accomplissement d'une mission d'expertise psychiatrique, relative à la recherche d'anomalies mentales susceptibles d'annihiler ou atténuer la responsabilité pénale du sujet, interdit aux médecins experts d'examiner les faits, d'envisager la culpabilité de l'inculpé, et d'apprécier son accessibilité à une sanction pénale ».

La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs adopté la même position dans l'affaire *Bernard c/ France* du 23 avril 1998. En l'espèce, le requérant remettait en cause deux expertises psychiatriques. Les deux experts avaient pris comme hypothèse de travail que le requérant était l'auteur des faits.

Cependant la Cour européenne retient que les experts n'avaient pas préjugé sur le fond et qu'ils ne s'étaient pas prononcés sur la culpabilité en tant que tel. Elle ajoute que les experts psychiatres peuvent prendre comme hypothèse de travail la culpabilité de la personne. Les experts peuvent donc envisager la culpabilité. Pour ces raisons, une nuance est encore de mise, car envisager ne veut pas nécessairement dire inciter le juge. Il revient au juge de ne pas laisser une place trop grande à l'expertise psychiatrique ou psychologique dans sa prise de décision. Les experts ont à faire face à une autre difficulté, l'apport de la preuve du trouble.

⁶³⁹ A. COCHE, « Quand les experts psychiatres et psychologues condamnent l'accusé », AJ pén. 2014, p. 504.

⁶⁴⁰ A. BLANC, « Le juge et l'expert psychiatre : qui dit et qui fait quoi ?, AJ pén. 2014, p. 514.

⁶⁴¹ Crim., 9 avril 1991, Bull. crim., n° 169, D. 1991, p. 51 ; Crim., 10 mai 1994, n° 94-81.197 ; Crim., 29 octobre 2003, n° 03-84.459, Bull. crim., n° 205, D. 2004, p. 109 ; AJ pén. 2004, p. 34, obs. A. Coche ; Crim., 24 janvier 2006, n° 04-80.634.

b) L'apport difficile de la preuve du trouble

203. La difficulté liée à l'aspect temporel. En ce qui concerne le facteur temporel, il est tenu compte de la maladie antérieure à la commission des faits et plus précisément de celle qui était présente au moment des faits. La démence qui interviendra après la commission de l'infraction, n'aura pas d'effet sur la responsabilité pénale de la personne mais pourra en avoir sur la peine ou sur l'action publique⁶⁴².

L'apport de la preuve du trouble au moment des faits est difficile, car il est demandé à l'expert psychiatre de se prononcer rétrospectivement sur un trouble qui n'existe peut-être plus au moment même où il entreprend sa mission⁶⁴³. Entre le moment de l'action et le moment de l'expertise, certains signes ou certains symptômes peuvent s'être estompés, notamment si la personne prend un traitement⁶⁴⁴. Cette exigence ajoute une complexité dans l'évaluation et la détermination du trouble du discernement. De même, l'auteur peut être atteint d'une pathologie mentale antérieurement aux faits. Cependant, il n'est pas inévitable que cette pathologie soit à l'origine de la commission de l'infraction.

204. La difficulté liée à l'aspect causal. Le trouble psychique ou neuropsychique doit avoir un rapport causal avec la commission des faits, c'est-à-dire qu'il doit être en rapport avec les faits commis. En effet, il est exigé « un rapport direct et exclusif entre l'état mental pathologique et l'infraction »⁶⁴⁵. L'exigence d'un tel rapport direct et exclusif entre la commission de l'acte et l'état mental est une source de difficulté supplémentaire pour l'expert psychiatre. A titre d'illustration, « un schizophrène qui tue en réponse à des ordres hallucinatoires dans un contexte d'envahissement délirant, 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 »⁶⁴⁶. De plus, un individu atteint de délires paranoïaques peut voler une voiture sans pour autant que l'infraction ait pour origine son trouble.

Plutôt qu'une expertise psychiatrique, une discussion médico-légale serait préférable, car permettrait de connaître le lien entre l'état mental de la personne et la commission des faits mais

⁶⁴² Crim., 5 septembre 2018, n° 17-84.402 ; S. FUCINI, « Trouble mental irréversible au cours du jugement : relaxe impossible », D. 14 septembre 2018.

⁶⁴³ T. MICHAUD-NERARD, « Les problèmes de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux « déclarés déments » », Gaz. Pal., 30 juin 2009, n° 181, p. 2.

⁶⁴⁴ P. JUSSEAUME, « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites ... », AJ pén. 2012, p. 70.

⁶⁴⁵ D. ZAGURY, *op.cit.*, p. 311.

⁶⁴⁶ D. ZAGURY, *op.cit.*, p. 312.

également la nature de ce lien, qu'il soit direct ou non, exclusif ou non car l'aliénation de la personne se mesure par rapport à « l'étrangeté » de l'acte commis⁶⁴⁷. Finalement, « la fonction de l'acte en lien avec la structure psychique du sujet devrait être le modèle de lecture principal utilisé dans le cadre de l'expertise »⁶⁴⁸.

205. L'imprécision de la loi. Il existe un « métissage conceptuel médico-judiciaire »⁶⁴⁹, car ce qui est demandé à l'expert psychiatre n'est pas le reflet de la psychiatrie. En effet, le Code pénal demande à l'expert psychiatre de mettre en relation le trouble mental avec la commission d'une infraction. Pourtant, la mission initiale du professionnel de la santé mentale est de comprendre la pathologie pour ensuite la soigner. Cependant, il n'est pas demandé à l'expert de soigner mais seulement d'appréhender la potentielle responsabilité pénale.

Une discussion médico-légale n'est pas non plus demandée, à savoir, une confrontation entre l'état de la personne au moment des faits et la nature des faits eux-mêmes. Il n'est légalement pas demandé à l'expert psychiatre de s'intéresser à la nature des faits commis, ce qui réduit l'effectivité dans la compréhension et l'appréhension de l'acte commis par la personne. La démarche expertale implique seulement un examen clinique de la personne, ayant pour but d'aboutir à une analyse rétrospective de l'état mental au moment des faits et du rapport entre cet état et la commission de l'infraction. C'est une imprécision de la loi qui conduit bon nombre de critiques à considérer que les expertises psychiatriques sont souvent contradictoires. Les experts psychiatres estiment d'ailleurs qu'une discussion médico-légale ou médico-psychologique permettrait d'avoir une vision d'ensemble de la situation de la personne, en ayant connaissance des tenants et aboutissants du passage à l'acte. Elle s'intéresserait d'avantage aux traits constitutifs de la personnalité, au fonctionnement cognitif, aux contextes environnemental et affectif⁶⁵⁰.

206. Les dysfonctionnements de la mission expertale. Par ailleurs, il existe une autre réalité, celle du nombre insuffisant d'experts praticiens par rapport au volume des affaires, ce qui est « générateur de dysfonctionnements alors que de multiples textes législatifs ne cessent d'étendre leurs missions »⁶⁵¹. Certains dénoncent la surcharge des missions de l'expert,

⁶⁴⁷ S. TZITZIS, *op.cit.*, p. 171.

⁶⁴⁸ F. HADOUIN, A. GOLSE, P. PLICHART, *op.cit.*, p.84.

⁶⁴⁹ D. ZAGURY, *op.cit.*, p. 312.

⁶⁵⁰ M-G SCHWEILTZER, N. PUIG-VERGES, « Expertise psychiatrique, expertise médicopsychologique. Enjeux de procédure, enjeux cliniques », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, vol. 164, décembre 2006, p. 815.

⁶⁵¹ P. DARBEDA, « Michel David, *L'expertise psychiatrique pénale*, Paris, L'Harmattan, coll. « Psychologiques », 2006, 237 pages », RSC 2007, p. 930.

engendrant des critiques matérielles de l'expertise psy car elle serait rédigée à la hâte avec une analyse clinique de la personne parfois peu approfondie⁶⁵². Le nombre insuffisant d'experts peut s'expliquer par le fait que ces derniers tardent à être payés mais aussi en raison de la faible rémunération des vacations⁶⁵³. De plus, la mission expertale demande une spécialisation de ces professionnels, spécialisation que tous les professionnels ne passent pas. On assiste à un certain manque d'attractivité de la mission expertale, qui se traduit par une pénurie d'experts psychiatres et psychologues au sein des tribunaux⁶⁵⁴. En effet, les psychiatres et psychologues sont critiques sur leur mission expertale. « De moins en moins nombreux à solliciter leur inscription sur les listes auprès des cours d'appel, ils soulignent la multiplication désordonnée des missions, la difficulté de leur pratique, notamment en milieu pénitentiaire, la lourdeur de leur prise de responsabilité, la surcharge de travail et de disponibilité imposées par l'appel d'assises comme la dégradation continue de la rémunération de la pratique expertale, toujours plus disqualifiée par rapport aux autres sollicitations institutionnelles que psychiatres et psychologues peuvent investir dans leur statut »⁶⁵⁵.

En présence de telles critiques, l'efficacité et l'effectivité des expertises psy sont remises en cause. Les sciences de la santé mentale au soutien de la responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre rencontrent des limites.

B. La remise en cause du mécanisme d'imputabilité

207. L'adoption d'une loi modifiant le concept de responsabilité. 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 a profondément modifié le régime applicable aux personnes souffrant de trouble psychique ou neuropsychique. Cette loi a modifié le concept de responsabilité, car le législateur a choisi une culpabilité sans imputabilité (1), se démarquant par ses conséquences (2).

⁶⁵² J-L SENON, C. MANZANERA, *op.cit.*, p. 66.

⁶⁵³ L. MORLET-HAIDARA, « L'indépendance de l'expert judiciaire en question », D. 2008, p. 2635.

⁶⁵⁴ J. GUIVARCH, M-D PIERCECCHI-MARTI, D. GLEZER, J-M CHABANNES, « Divergences dans l'expertise psychiatrique de responsabilité : bilan et premières hypothèses à travers une revue de la littérature », L'Encéphale, vol. 41, juin 2015, p. 246.

⁶⁵⁵ J-L SENON, C. MANZANERA, *op.cit.*, p. 66.

1) Le choix d'une culpabilité sans imputabilité

208. L'introduction d'une procédure particulière relative au trouble mental. La loi du 25 février 2008 a mis en place une procédure particulière, car elle a introduit une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (*a*). Cette déclaration compte plusieurs critiques et a pour effet principal de permettre une simple imputation matérielle des faits (*b*).

a) L'introduction de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

209. La situation antérieure à la loi du 25 février 2008. Jusqu'à 2008, la personne qui souffrait d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ne pouvait pas être déclarée responsable pénalement, dans la mesure où le trouble avait un effet exonérateur. Lors de l'instruction, un non-lieu était prononcé et lors du jugement, une relaxe ou un acquittement. Ces décisions ne faisaient nullement apparaître la cause d'irresponsabilité pénale⁶⁵⁶. La situation se déroulait comme s'il n'y avait pas ou pas assez de charges à l'encontre de la personne.

Un premier élan a été donné pour modifier cette situation avec la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure pénale. En vertu de cette loi, le juge est tenu de motiver sa décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement, et il doit préciser qu'il existait des charges suffisantes établissant que l'intéressé a bien commis les faits qui lui sont reprochés.

De plus, elle prévoyait que l'ordonnance de non-lieu devait être notifiée à la partie civile afin qu'elle puisse la contester devant la chambre de l'instruction⁶⁵⁷. Cette contestation devant la chambre de l'instruction a pour effet de faire comparaître la personne atteinte du trouble lors d'une audience publique si la partie civile en fait la demande⁶⁵⁸. Déjà avec cette loi de 1995, la

⁶⁵⁶ E. BONIS-GARCON, « Troubles psychiques, maladies mentales », Rép. Dr. Pén. Proc. Pén., avril 2013 (actualisation. Octobre 2014), n° 79.

⁶⁵⁷ Art 167-1, Code de proc. pén., « Lorsque les conclusions de l'expertise sont de nature à conduire à l'application des dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal prévoyant l'irresponsabilité pénale de la personne en raison d'un trouble mental, leur notification à la partie civile est effectuée dans les conditions prévues par le premier alinéa de l'article 167, le cas échéant en présence de l'expert ou des experts. En matière criminelle, cette présence est obligatoire si l'avocat de la partie civile le demande. La partie civile dispose alors d'un délai de quinze jours pour présenter des observations ou formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise. La contre-expertise demandée par la partie civile est de droit. Elle doit être accomplie par au moins deux experts ».

⁶⁵⁸ Art. 199-1, al. 1^{er}, Code de proc. pén., « En cas d'appel d'une ordonnance de non-lieu motivée par les dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, la chambre d'instruction doit, à la demande de la

personne pouvait être dans l'obligation de comparaître lors d'une audience publique. Cela marquait un tournant quant au traitement pénal de la personne atteinte d'un trouble mental.

210. L'apport de la loi du 25 février 2008. La loi du 25 février 2008 va encore plus loin en instaurant la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Avec cette loi, il n'est plus question d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement. Désormais, le juge pénal doit se prononcer non seulement sur la réalité des faits reprochés à la personne lors d'une audience publique, mais aussi sur les mesures que son état de santé nécessite⁶⁵⁹. Ainsi, bien qu'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental soit prononcée, le jugement de la personne est possible⁶⁶⁰. Cette loi a pour origine un fait divers surnommé le drame de Pau. En effet, Romain Dupuy avait été interné à trois reprises pour schizophrénie. Dans la nuit du 17 au 19 décembre 2004, il s'était introduit dans un bâtiment de l'hôpital psychiatrique (Centre hospitalier psychiatres des Pyrénées) et avait tué une aide-soignante et une infirmière, l'une des deux victimes ayant été décapitée, mais ce dernier fut déclaré irresponsable pénalement et hospitalisé sous contrainte.

Il s'agit d'une toute autre procédure que celle du non-lieu, relaxe ou acquittement, qui est une nouvelle catégorie de décision. L'obligation de se prononcer sur les mesures que l'état de santé de la personne nécessite entraîne la compétence de l'autorité judiciaire au détriment de l'autorité administrative. En effet, avant ladite loi, lorsqu'un non-lieu était prononcé en raison de l'existence d'un trouble mental, il revenait à l'autorité administrative de statuer sur les mesures de santé devant être enjointes à la personne, comme par exemple une hospitalisation d'office. Dorénavant, cette compétence revient au pouvoir judiciaire. Les modifications apportées par la loi du 25 février 2008 remettent néanmoins en cause le mécanisme d'imputabilité.

b) La possibilité d'une simple imputation matérielle des faits

211. L'extension de la notion de culpabilité. Tout d'abord, en rendant possible une audience publique malgré une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, la loi du 25 février 2008 remet en cause le mécanisme classique d'imputabilité. En effet,

partie civile, ordonner une comparution personnelle de la personne mise en examen, si l'état de cette dernière le permet. Cette demande doit, à peine d'irrecevabilité, être présentée en même temps que la demande d'appel ».

⁶⁵⁹ Arts. 706-119 à 706-128, Code de proc. pén.

⁶⁶⁰ L. ASCENSI, « Conditions de la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Cour de cassation, crim., 3 mars 2010 », AJ pén. 2010, p. 348.

concernant les personnes atteintes d'un trouble psychique ou neuropsychique, la tenue d'une audience engendre la reconnaissance d'une simple imputation matérielle des faits. Cette reconnaissance de la matérialité des faits va à l'encontre des conditions mêmes d'existence d'une infraction pénale.

Classiquement, la poursuite d'une infraction n'est possible que si elle est imputable à un auteur en capacité de répondre de ses actes. Dans le cas de la culpabilité sans imputabilité, la personne est seulement jugée pour les faits qu'elle a commis. Il n'y a plus de prise en considération de l'état mental de l'auteur de l'infraction. Par ailleurs, l'irresponsable pénal peut difficilement répondre de ses actes et se défendre efficacement, ce qui porte atteinte aux droits de la défense. L'imputabilité n'est donc plus le fondement de la répression, il s'agirait alors d'une espèce d'imputabilité morale, tendant à satisfaire la société sur le traitement pénal du « criminel aliéné »⁶⁶¹.

212. Le retentissement amoindri de la parole médicale. Ensuite, si une déclaration d'irresponsabilité pénale est prononcée, c'est qu'à la suite d'une expertise psychiatrique, il a été prouvé qu'une abolition du discernement existait au moment de la commission des faits. Cependant, la justice pénale en vient à ne pas prendre en compte ce que lui disent les sciences médicales en organisant tout de même un procès. La parole médicale est réduite alors qu'elle est censée être adaptée à la situation infractionnelle. Au départ, l'irresponsabilité pénale avait pour conséquence de faire sortir l'individu du système pénal. Désormais, la logique s'est inversée. Il existe une réelle ambivalence en droit pénal, car parfois les sciences médicales sont trop écoutées mais parfois elles ne le sont pas assez, ce qui démontre un manque de cohérence. Bien que le retentissement de la parole médicale soit réduit au détriment de la personne mise en cause, il n'en demeure pas moins que les apports de la loi du 25 février 2008 profitent à la victime.

2) Les conséquences de la culpabilité sans imputabilité

213. Le bénéficiaire de la culpabilité sans imputabilité. A qui bénéficie la culpabilité sans imputabilité ? L'objectif de la loi était clair dans les travaux parlementaires, c'est l'intérêt de la victime qui est visé. Les sciences médicales et plus précisément la psychiatrie ont fait apparaître que le procès pénal pouvait avoir un effet thérapeutique. La possibilité d'une

⁶⁶¹ P-J DELAGE, *op.cit.*, p. 69.

audience publique malgré une déclaration d'irresponsabilité fait ressortir la recherche d'un effet thérapeutique du procès pénal (a) et plus précisément un effet thérapeutique pour la victime (b).

a) La recherche d'un effet thérapeutique du procès pénal

214. Le sens donné à « l'effet thérapeutique ». Le terme thérapeutique est sans nul doute d'origine médical. La thérapie est même une branche de la médecine. Il désigne ce qui est relatif au traitement des maladies. Parler d'un effet thérapeutique du procès pénal revient à considérer que le procès aurait pour effet non pas d'éliminer les symptômes, les effets de la maladie mais plutôt d'éliminer, de soigner les effets de l'infraction pénale⁶⁶². Les effets de l'infraction peuvent concerner la société puisque l'infraction est un trouble à l'ordre public et donc heurter la collectivité, mais aussi avoir des conséquences sur le mis en cause et la victime.

215. La recherche d'un effet thérapeutique pour la personne « irresponsable ». Il serait tentant d'allouer un tel effet au procès pénal car cela permettrait de « soigner » les criminels. La loi du 25 février 2008 pourrait avoir une vertu thérapeutique pour la personne atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique, ayant fait l'objet d'une déclaration d'irresponsabilité. En étant confronté à un procès, serait-il envisageable que la personne mise en cause comprenne les conséquences de son acte ? En voyant la souffrance causée à la victime et l'effroi que son acte peut engendrer sur la société, la personne pourrait trouver dans le procès pénal un certain effet thérapeutique.

Cependant, à considérer qu'un tel effet existe pour l'auteur de l'infraction pénale, encore faudrait-il qu'il comprenne le déroulement et l'impact de son procès pénal. Malheureusement, il apparaît difficilement envisageable que la personne atteinte d'un trouble mental ayant aboli son discernement ait conscience, dans leur globalité, des tenants et aboutissants du procès. Il s'avère que la permission par la loi du 25 février 2008 de faire comparaître la personne dont le discernement était aboli n'est ni plus ni moins qu'un « spectacle de foire »⁶⁶³, qui au-delà de ne pas respecter des principes incontournables du droit pénal, réduit l'audience publique de la personne à un procès pour les victimes.

⁶⁶² J. GALLOIS, S. GOUDJIL, M. MAJORCZYK, A. OUDAUD, L. PIGNATEL, « L'effet thérapeutique du procès pénal », in *La victime de l'infraction* (dir.) C. RIBEYRE, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2016, p. 158.

⁶⁶³ T. LEVY, « La loi pénale : l'escalade de Sarkozy », *Le Monde*, 30 août 2007.

b) L'effet thérapeutique du procès pénal pour la victime

216. La reconnaissance du statut de victime. En vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 2 du Code de procédure pénale, la victime est reconnue par le législateur comme la personne qui a « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Etre reconnue en tant que victime permet de jouir de droits fondamentaux applicables à toutes les victimes d'infractions, et ce sont ces droits qui forment leur statut⁶⁶⁴.

Il a longtemps été reproché au droit pénal de ne pas assez prendre en considération le statut de la victime, et notamment lorsque la personne mise en cause était atteinte d'un trouble mental ayant aboli son discernement, car elle sortait du champ pénal. Désormais, leur place de partie au sein du procès pénal est parfois contestée⁶⁶⁵. Certains relèvent avoir « le sentiment que la législation contemporaine est empreinte à la fois d'un certain néoclassicisme et d'un positivisme très rudimentaire, orienté vers la satisfaction des victimes »⁶⁶⁶. Cette situation est apparue comme contreproductive afin d'atteindre l'effet thérapeutique du procès pénal pour la victime.

217. L'insuffisance de la réparation civile. Pour la victime d'infraction, la première reconnaissance de son statut passe par l'indemnisation. Avant la loi de 2008, le système civil était déjà compétent pour statuer sur la réparation pécuniaire à laquelle les victimes d'infraction pouvaient prétendre. En effet, divers dispositifs ont été créés pour les indemniser. C'est le cas de la commission d'indemnisation des victimes d'infractions ou encore du service d'aide au recouvrement des dommages et intérêts pour les victimes d'infractions. Néanmoins, il semble que cette reconnaissance civile du statut de victime n'ait pas suffi, car désormais, il revient à la juridiction pénale d'évaluer le montant de cette réparation en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Le mécanisme d'imputabilité est une fois de plus remis en cause parce qu'il en vient à se confondre avec la responsabilité civile délictuelle⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes, Droit, audition, expertise, clinique*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Etats de droits, 2007, p. 14.

⁶⁶⁵ A. D'HAUTEVILLE, « Le point de vue des victimes dans le procès pénal : quel équilibre ? », in *Politiques criminelles, Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 649.

⁶⁶⁶ X. PIN, *Droit pénal général*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, série Cours – Droit privé, 2020, p. 16.

⁶⁶⁷ P-J DELAGE, *op.cit.*, p. 797.

Cependant, il semblerait que l'octroi d'une réparation ne soit pas suffisant, car la victime reste une personne en souffrance qui aurait besoin d'être confrontée au procès pénal afin de réaliser au mieux son travail de deuil⁶⁶⁸.

218. La nécessité critiquable d'un procès pour les victimes. A l'origine de la loi de 2008 se trouve un certain « populisme pénal »⁶⁶⁹. Avant l'instauration de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, la victime n'avait aucune reconnaissance pénale de son statut. En définitif, « les victimes considéraient assez souvent que leur douleur n'était pas assez reconnue lors des procès, surtout quand l'auteur des faits était connu et déclaré pénalement irresponsable. Elles pouvaient éprouver un sentiment de frustration »⁶⁷⁰, considérant ainsi le non-lieu comme « une sorte de dénégation de l'infraction »⁶⁷¹.

Dorénavant, ce défaut de procès est comblé par la loi du 25 février 2008. La nécessité d'un procès pénal trouve notamment sa source dans l'idée selon laquelle certains psychiatres estiment que le procès pénal permet à la victime d'effectuer au mieux son travail de deuil vis-à-vis de l'infraction⁶⁷². En effet, la réparation par l'indemnisation n'est pas suffisante pour la victime, qui a aussi besoin d'une réparation extrapatrimoniaire⁶⁷³. Cette dernière passe notamment par l'épreuve de l'audience, à savoir, la confrontation au procès pénal et par la sanction⁶⁷⁴. C'est alors un effet cathartique qui est attribué au procès pénal. Les sciences médicales ont donc fait apparaître qu'indéniablement, le procès pénal revêt une véritable fonction thérapeutique pour les victimes d'infractions. Néanmoins, cette nouvelle fonction allouée au procès pénal en vient à détourner son centre de gravité.

219. L'existence d'un procès centré sur les souffrances individuelles. La prise en compte toujours plus importante de la victime au sein du procès pénal, va à l'encontre de sa fonction première. En effet, le procès pénal n'est pas fait pour soigner les souffrances individuelles mais

⁶⁶⁸ R. CARIO, « Victimes d'infraction », *Rép. pén.*, 2007, n° 120.

⁶⁶⁹ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, coll. Littératures, 2005.

⁶⁷⁰ J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 1000.

⁶⁷² Rapport de la Commission Santé-Justice, présidé par J-F BURGELIN, juillet 2005, p. 41.

⁶⁷³ N. PIGNOUX, *La réparation des victimes d'infractions pénales*, Paris, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2008, p. 283.

⁶⁷⁴ D. SALAS, « La trace et la dette. Les victimes. A propos de la réparation », *RSC* 1996, p. 619.

pour mettre fin et punir un trouble causé à l'ordre public. C'est pour cela que les victimes en ont longtemps été mises à l'écart, pour éviter toute privatisation de la justice pénale⁶⁷⁵.

La loi du 25 février 2008 va clairement dans ce sens. Les sciences médicales ont, certes, fait apparaître la nécessité pour la victime d'être confrontée à un procès mais c'est au détriment de la personne atteinte d'un trouble mental qui a aboli son discernement. On préfère désormais guérir les souffrances individuelles de la victime plutôt que de promouvoir un procès équitable. Le procès ne peut décentement être équitable lorsque l'auteur de l'infraction n'est pas en mesure de comprendre la portée de ses actes et donc plus généralement, n'est pas en mesure d'assurer au mieux sa défense.

Dans ces circonstances, une audience publique n'a pas de sens car elle ne servira en rien la personne mise en cause. Afin de caractériser les victimes, certains auteurs parlent de « mini-procureurs zélés et militants »⁶⁷⁶. Néanmoins, la loi de 2008 n'est pas nécessairement dans l'intérêt des victimes car la tenue d'une audience en présence d'une personne atteinte d'un trouble mental n'est pas forcément de nature à produire un effet positif sur la victime. En effet, un tel procès peut même être encore plus violent pour elle. Dans la mesure où la psychiatrie et la psychologie souffraient de critiques, des sciences médicales modernes, les neurosciences, jouissent d'un certain attrait en matière d'appréhension de la responsabilité pénale remettant ainsi en question le principe du libre arbitre.

Section 2 : L'appréhension de la responsabilité pénale exempte de libre arbitre

220. La responsabilité pénale classique menacée. « La question de la réalité du libre arbitre et plus fondamentalement de la possibilité de la liberté dans un monde de causalité incessante est une des grandes questions récurrentes dans la philosophie, mais aussi, tout simplement, une question que chacun a pu se poser : « suis-je libre ou bien toujours entièrement conditionné ; dans quelle mesure ma conduite est-elle déterminée ? » Cette question va évidemment très loin, car si mon comportement est entièrement déterminé, alors je n'ai, à vrai

⁶⁷⁵ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », RSC 2002, p. 245.

⁶⁷⁶ F. CASORLA, « La victime et le juge pénal », RPDP, 2003, p. 643.

dire pas de véritable personnalité, je ne suis pas une personne mais, d'une certaine façon, une mécanique. Parlant de sciences humaines, on voit que le sujet est central dans cette juxtaposition des sciences et de l'humain ; nonobstant les sciences humaines, la science, en fin de compte, nie-t-elle ou va-t-elle nier l'humain et d'ailleurs, le peut-elle ? A l'heure de la mécanisation et de la robotisation croissantes de notre société, on voudrait bien avoir quelques réponses ou quelques résultats scientifiques justement, c'est-à-dire comportant une base solide de certitude. Intimement, quelque part, il semble bien que chaque personne soit convaincue de sa liberté intérieure, mais est-ce fondé ? »⁶⁷⁷.

« Le grand débat sur le libre arbitre est presque aussi vieux que la philosophie [...] avec toujours au cœur du débat l'enjeu de notre responsabilité morale et l'inquiétude que, peut-être, nous en soyons privés par une forme ou une autre de « déterminisme » »⁶⁷⁸. La génétique et les neurosciences s'intéressent à l'appréhension de la responsabilité pénale. Ces tentatives d'appréhension de la responsabilité pénale semblent constituer une évolution, un renouveau. Les évolutions scientifiques sont le signe d'un renouveau ; mais ces nouvelles approches entraînent la remise en cause de la responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre, fondée sur la recherche contestable d'un déterminisme cérébral (I) et la résurgence d'un déterminisme génétique (II).

I. La recherche contestable d'un déterminisme cérébral

221. L'utilisation des sciences du cerveau. Les sciences du cerveau ne sont pas seulement utilisées dans la recherche probatoire, mais trouvent également leur utilité dans l'appréhension de la responsabilité pénale. Les neurosciences remettent en question le concept classique de responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre car leur étude révèle qu'une action serait « d'abord initiée inconsciemment, la décision consciente n'apparaissant que plus tardivement dans la chaîne causale qui mène à l'effectuation de l'action. Ces résultats tendent à montrer que nos prises de décision conscientes ne constituent pas, en réalité, la source ultime de nos

⁶⁷⁷ I. REZNIKOFF, « Le déterminisme et le libre arbitre aujourd'hui », in *Le libre arbitre est la condition même de la certitude, Jules Lesquier (1814-1862)*, Paris, PUF Paris Nanterre, 2016, p. 281.

⁶⁷⁸ J-B GUILLON, *Le libre arbitre, Perspectives contemporaines*, Paris, Collège de France, coll. Philosophie de la connaissance, 2017, p. 2.

actes »⁶⁷⁹. Le droit pénal a recours aux techniques neuroscientifiques (A) dans le but de légitimer les expertises psychiatriques (B).

A. Le recours aux techniques neuroscientifiques

222. L'influence des neurosciences dans la recherche de la responsabilité pénale. Que peuvent nous apprendre les neurosciences sur la responsabilité pénale ? Les neurosciences mettent en lumière la question du libre arbitre et peuvent le remettre en cause grâce à l'étude du cerveau. C'est après une impulsion étrangère que la responsabilité a été appréhendée avec des techniques neuroscientifiques (1). Ces techniques amènent à rechercher, de façon contestable, un déterminisme cérébral (2).

1) L'impulsion étrangère de l'appréhension neuroscientifique

223. La recherche neuroscientifique de l'irresponsabilité pénale aux Etats-Unis. Dans les années 1980, les neurosciences ont investi les cours de justice américaines afin de démontrer l'irresponsabilité pénale de la personne soupçonnée⁶⁸⁰. En effet, dès 1978, un avocat américain avait tenté d'utiliser les résultats d'un scanner cérébral afin de prouver l'irresponsabilité de son client⁶⁸¹. Ce dernier avait essayé d'apporter la preuve de l'existence d'une déficience mentale⁶⁸². Ces résultats avaient cependant été rejetés par la Cour. Malgré ce rejet, les juridictions américaines décidaient, la décennie suivante, d'admettre la recevabilité des examens neuroscientifiques dans l'évaluation de la responsabilité d'une personne soupçonnée⁶⁸³.

C'est ainsi qu'en 1982, dans l'affaire *United States v. Hinckley*, l'individu qui avait tenté d'assassiner le Président Reagan, s'était soumis à un examen par imagerie cérébrale

⁶⁷⁹ K. APOURCHAUX, « Neurosciences et techniques de redirection de l'attention : redéfinir le libre arbitre en termes d'apprentissage de la maîtrise de nos capacités attentionnelles », PSN, vol. 11, Editions Matériologiques, 2013, p. 44.

⁶⁸⁰ S. DESMOULIN-CANSELIER, « Usages et interprétations judiciaires des images cérébrales », RSC 2018, p. 343.

⁶⁸¹ Cour d'appel des Etats-Unis, pour le neuvième circuit, 18 décembre 1978, *USA v. Erskine*.

⁶⁸² G-M GKOTSI, V. MOULIN, J. GASSER, *op.cit.*, p. 388.

⁶⁸³ A. LAUDE, T. LAGARDE, « Utilisation des neurosciences par le juge, l'avocat et l'expert : perspective historique », in *Le cerveau et loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique, séminaire du 11 septembre 2012, p. 15.

anatomique⁶⁸⁴, démontrant l'existence d'une atrophie du cerveau, expliquant un état schizophrénique au moment des faits. Ce dernier fut déclaré non coupable par le jury.

Egalement, en 1992, Herbert Weinstein apportait la preuve de son irresponsabilité pénale en se basant sur l'existence d'un kyste cérébral attesté par l'imagerie. Ce kyste aurait eu pour conséquence de diminuer ses fonctions exécutives⁶⁸⁵. En l'espèce, l'homme avait en 1991 tué son épouse et maquillé le meurtre en suicide en jetant le corps du haut de l'immeuble. Il n'avait avoué son crime qu'une année plus tard, et c'est à ce moment qu'il apportait la preuve de l'existence d'un kyste cérébral⁶⁸⁶.

Depuis cette date, l'imagerie cérébrale est utilisée de manière croissante devant les cours de justice américaines pour prouver l'irresponsabilité pénale d'une personne, voire dans le but d'obtenir une atténuation de responsabilité. « De 2006 à 2009, le nombre de cas juridiques ou des preuves neuroscientifiques utilisées aux Etats-Unis a doublé »⁶⁸⁷.

De plus, en 2005, dans l'affaire *Ropers v. Simmons*, la Cour suprême « s'est même fondée sur des données d'imagerie cérébrale pour décider que la condamnation des mineurs à la peine capitale est contraire à la Constitution, car ils présentent un moindre niveau de maturité intellectuelle et émotionnelle comparé à celui des adultes. Il a tout de même fallu attendre la caution des neurosciences pour s'en apercevoir... »⁶⁸⁸.

Enfin, pour donner un dernier exemple, en 2010, un homme avait été reconnu coupable d'avoir tué sa femme de soixante et un coups de couteau et d'avoir poignardé et violé la fille handicapée mentale de cette dernière. Sa responsabilité pénale fut atténuée, car la défense avait produit des clichés d'un électro encéphalogramme faisant valoir qu'à la suite de plusieurs traumatismes, le cerveau de l'accusé ne fonctionnait pas bien et qu'il n'aurait pas eu le contrôle de ses actes⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ L'imagerie cérébrale anatomique appelée également conventionnelle ou structurale regroupe la radiologie traditionnelle, le scanner, l'échographie et l'IRM. Ce type d'imagerie s'intéresse à la structure des organes, leur forme, leurs limites et parfois leur contenu. En l'espèce, la défense avait fourni des images issues d'un scanner.

⁶⁸⁵ Les fonctions exécutives regroupent des fonctions élaborées comme la logique, la stratégie, la planification, la résolution des problèmes, le raisonnement. Elles interviennent dans des situations demandant de la réflexion et de la créativité. Les fonctions exécutives permettent d'adapter notre comportement aux exigences de l'environnement, lorsqu'il est nécessaire de s'adapter à des situations nouvelles non routinières.

⁶⁸⁶ P. LARRIEU, *op.cit.*, AJ pén. 2011, p. 231.

⁶⁸⁷ G-M GKOTSI, V. MOULIN, J. GASSER, *op.cit.*, p. 388.

⁶⁸⁸ P. LARRIEU, *op.cit.*, 2015, p. 102.

⁶⁸⁹ G-M GKOTSI, V. MOULIN, J. GASSER, *ibid.*, p. 388.

Les techniques neuroscientifiques sont donc utilisées de manière récurrente aux Etats Unis et elles démontrent leur efficacité lorsqu'il s'agit d'atténuer la responsabilité pénale d'une personne, d'autant plus lorsque la peine capitale est encourue⁶⁹⁰.

En utilisant les techniques neuroscientifiques, les juridictions américaines justifient l'atténuation de la responsabilité de façon médicale, la responsabilité pénale pouvant être atténuée en raison de l'existence d'une anomalie cérébrale. Les anomalies du cerveau contribuent à expliquer certains comportements violents : celles liées aux lobes frontaux et au système limbique jouent sur la régulation des comportements antisociaux, extravertis, impulsifs ou agressifs⁶⁹¹. Ce sont les neurosciences, sciences médicales qui donnent un éclairage quant à la commission d'une infraction pénale. En Europe, l'utilisation des neurosciences dans l'évaluation de la responsabilité pénale est également en train d'émerger⁶⁹².

224. La recherche neuroscientifique de l'irresponsabilité pénale en Europe. L'utilisation des neurosciences dans la recherche de l'irresponsabilité pénale ou de l'atténuation de cette dernière est arrivée tardivement en Europe. Il existe aujourd'hui une jurisprudence émergente sur la question de leur utilisation.

A titre d'exemple, en 2011 en Italie, une jeune femme a été déclarée coupable d'avoir tué sa sœur et d'avoir tenté de tuer ses parents. A la suite des expertises psychiatriques, la défense avait fait appel à des experts neuroscientifiques. L'électro-encéphalogramme révélait alors la présence d'altérations de certaines zones du cerveau, qui expliquaient une inhibition réduite et une prédisposition au comportement agressif. La jeune femme bien que déclarée coupable, était jugée partiellement responsable de ses actes⁶⁹³.

De même aux Pays-Bas, une lésion du lobe frontal expliquait qu'un accusé n'avait pas eu le contrôle de ses actes au moment de la commission de l'infraction. Comme pour la recherche de la preuve de l'infraction, il ne semble pas que des techniques neuroscientifiques aient été utilisées par les juridictions françaises. Malgré tout, depuis l'adoption de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique⁶⁹⁴, et plus précisément en vertu de son article 45, les

⁶⁹⁰ C. BYK, « Neurosciences et administration de la preuve pénale devant les juridictions des Etats-Unis », *Médecine et Droit*, 2010.10.004.

⁶⁹¹ R. GASSIN, P. BONFILS, S. CIMAMONTI, *Criminologie*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2011, p. 253.

⁶⁹² G-M GKOTSI, « Une « neuro-jurisprudence » émergente : quelques cas en Europe et aux Etats Unis », in *Droit pénal et nouvelles technologies*, J-P CERE, J-M RASCAGNERES, E. VERGES (dir.), Actes du III^{ème} Congrès international du Comité international des pénalistes francophones à Andorre, Paris, L'Harmattan, 2015.

⁶⁹³ G-M GKOTSI, V. MOULIN, J. GASSER, *op.cit.*, p. 4.

⁶⁹⁴ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JO n° 0157 du 8 juillet 2011, p. 11826 ; P. LARRIEU, « La réception des neurosciences par le droit », *AJ pén.* 2011, p. 231 ; J-C CAILLOUX, H. GAUMONT-PRAT,

techniques neuroscientifiques peuvent être utilisées lors d'une procédure judiciaire. L'article 16-14 du Code civil dispose désormais, « Les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen ».

Démontrer l'existence d'une irresponsabilité pénale grâce à des techniques neuroscientifiques a pour conséquence que l'infraction pénale soit expliquée de manière médicale. Si l'infraction trouve sa source dans des anomalies cérébrales, cela sous-entend que la personne atteinte d'une telle anomalie aurait agi à cause de cette dernière. L'irresponsabilité pénale ne serait donc plus fondée sur une atteinte au libre arbitre de la personne mais sur une anomalie cérébrale la poussant à agir. La personne n'ayant plus d'autre choix que d'agir sous le coup d'une anomalie serait donc porteuse, voire victime d'un déterminisme cérébral.

2) Les dangers liés à l'adoption d'un déterminisme cérébral

225. L'utilisation de l'imagerie cérébrale fonctionnelle. Contrairement à l'imagerie cérébrale anatomique, l'imagerie cérébrale fonctionnelle ne s'intéresse pas uniquement à la structure de l'organe mais à son activité⁶⁹⁵. Avec plus ou moins de précision, il est possible de savoir quelle partie du cerveau est active en fonction de la tâche cognitive effectuée. Avec le recours aux techniques neuroscientifiques, « l'idée sous-jacente est que la production d'images fonctionnelles du cerveau pourrait éclairer une procédure judiciaire dans la compréhension des déterminants des actes délictueux »⁶⁹⁶. L'utilisation conjuguée de l'imagerie cérébrale anatomique et de l'imagerie cérébrale fonctionnelle offrirait alors un nouvel éclairage sur l'appréhension des comportements déviants.

A titre d'exemple, la psychopathie considérée comme un trouble de la personnalité, a été au cœur des recherches neuroscientifiques. « Des résultats récents ont démontré que les individus souffrant de psychopathie auraient une réduction de quasiment 20% du volume de leurs

« Droits et libertés corporels », D. 2012, p. 308 ; A. AUBERT, E. COUDRET, « Prédicibilité du comportement : neuro-sciences et neuro-mythes », AJ pén. 2012, p. 80.

⁶⁹⁵ CCNE, avis n° 116, *Enjeux éthiques de la neuroimagerie fonctionnelle*, 23 février 2012, p. 2.

⁶⁹⁶ Rapport du Centre d'analyse stratégique, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », Septembre 2012, n°282, p. 2.

amygdales cérébrales, des structures participant au circuit des émotions dans le cerveau »⁶⁹⁷. Certains traits de la personnalité sont attachés au diagnostic de psychopathie : la délinquance, l'absence de remords, l'impulsivité et les agressions prédatrices ou proactives sont évocatrices de la psychopathie car ces patients commettent une agression dans le but de ressentir une émotion⁶⁹⁸. Une étude a établi qu'il y avait des liens sur le plan neurobiologique, entre les mauvais traitements subit durant l'enfance et la psychopathie pathologique. Selon cette étude, « le dysfonctionnement émotionnel des psychopathes peut-être la conséquence d'embrassements des noyaux amygdaliens⁶⁹⁹ qu'un stress chronique et sévère pérennise au fil des expériences traumatiques. Ces « lésion développementales » de l'amygdale – structure indispensable à la reconnaissance des émotions – empêcheraient qu'une « incarnation » des expériences traumatiques soient stockées dans le cortex orbitofrontal, engendrant ainsi une absence de marqueurs somatiques secondaires, qui pourrait expliquer les perturbations du ressenti émotionnel chez les psychopathes et leur déficit expérimental de réactions autonomes aux expressions de peur »⁷⁰⁰ ; la psychopathie étant un diagnostic « se situant à la croisée des champs psychiatrique, social, pénal et criminologique »⁷⁰¹. L'intérêt des neurosciences en procédure judiciaire est intimement lié au développement d'une société de gestion du risque⁷⁰².

226. La nouvelle vision de la responsabilité pénale individuelle. Le problème majeur est que les neurosciences et le droit n'ont pas la même vision de la notion de responsabilité, ces deux domaines n'ont pas le même objectif⁷⁰³. En effet, « dans le champ des neurosciences, les réflexions autour de la responsabilité dépassent la seule question du pathologique. Le projet même des neurosciences est de tenter de comprendre scientifiquement le fonctionnement du cerveau »⁷⁰⁴. A considérer que l'ensemble des actions de l'homme, ses croyances, ses choix et

⁶⁹⁷ Rapport du Centre d'analyse stratégique, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », Septembre 2012, n°282, p. 4.

⁶⁹⁸ S. TASSY, « La relativité du concept de comportement normal », Actes du séminaire Perspectives scientifiques et légales sur l'utilisation des sciences du cerveau dans le cadre des procédures judiciaires, Centre d'analyse stratégique, 10 décembre 2009, p. 20.

⁶⁹⁹ L'amygdale est une partie du cerveau essentielle à la capacité de ressentir et de percevoir chez les autres certaines émotions. C'est le cas notamment de la peur. Lorsqu'on est par exemple suivi dans la rue la nuit, le cœur s'accélère car l'amygdale est très active.

⁷⁰⁰ N. TARQUIS, « Hypothèses neurobiologiques concernant les liens entre psychopathie et maltraitance infantile », L'Encéphale, juin 2006, vol. 32, p. 377.

⁷⁰¹ O. GIOVAHNOZI, C. DUCRO, T. HPHAM, P. WOITCHICK, « Impact de l'adversité familiale durant l'enfance sur le développement de la personnalité psychopathique », Annales Médico-Psychologiques, vol. 171, août 2013, p. 509.

⁷⁰² M. VAN DER KERCHOVE, « Introduction », Déviance et Société, 2010, vol. 34, p. 479.

⁷⁰³ J. LARREGUE, « Le neurodroit peut-il faire mentir notre philosophie du droit ? », AJ pén. 2018, p. 186.

⁷⁰⁴ D. GALLAND, C. JONAS, R. JARDI, M. WILQUIN, O. COTTENCIN, P. THOMAS, B. ROLLAND, « Comparaison du concept de « responsabilité » en neurosciences et en droit pénal : une revue croisée de littérature pour l'expertise psychiatrique », Presse Med. 2016, p. 560.

ses comportements sont le fruit de processus cérébraux, il reste peu de place à sa liberté. En s'attardant à une vision purement neuroscientifique, la responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre n'a pas de sens, car tout comportement même déviant, s'explique par l'activité cérébrale⁷⁰⁵.

Il existerait alors un déterminisme cérébral chez les auteurs d'infraction. L'étude du cerveau de la personne soupçonnée pourrait donc être déterminante afin de comprendre les origines du passage à l'acte mais aussi pour justifier ce dernier. De surcroît, la vision neuroscientifique de la responsabilité pénale vide de tout son sens le mécanisme d'imputabilité. En effet, si le comportement déviant s'explique par une anomalie cérébrale, la personne ne pourrait être responsable pénalement de ses actes car elle agirait sous l'impulsion d'un trouble neuropsychique et l'article 122-1 aurait vocation à s'appliquer dans beaucoup de cas de figure.

227. L'application envisageable de la contrainte physique interne. Il serait imaginable également d'appliquer en cas d'anomalie cérébrale une autre cause de non-imputabilité, à savoir la contrainte physique interne, prévu par l'article 122-2 du Code pénal. Ce dernier dispose « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ». « La contrainte est une pression interne, propre à l'agent, qui le prive de sa liberté d'action »⁷⁰⁶. Deux conditions sont indispensables pour pouvoir retenir la contrainte physique interne. La pression doit être invincible et imprévisible. L'invincibilité de la pression signifie que l'agent n'a pas pu y résister, qu'il a accompli un acte qu'il n'a pas voulu. La pression irrésistible doit avoir privé l'agent de sa volonté. « La contrainte physique ne peut résulter que d'un événement imprévisible et insurmontable qui place l'auteur de l'infraction dans l'impossibilité absolue de se conformer à la loi »⁷⁰⁷. L'imprévisibilité de la pression quant à elle sous-entend que l'agent était étranger à son acte et qu'il ne pouvait se douter de ce qui allait se passer⁷⁰⁸. En retenant l'existence d'un déterminisme cérébral, il serait envisageable de retenir la contrainte physique interne, dans la mesure où l'individu agit indépendamment de sa volonté, il ne fait que répondre à l'impulsion d'un déterminisme qui lui échappe. Cependant, en retenant l'existence d'une anomalie cérébrale, d'un trouble neuropsychique, découverts justement grâce à l'utilisation des neurosciences, l'application de

⁷⁰⁵ G-M GKOTSI, J. GASSER, « Critique de l'utilisation des neurosciences dans les expertises psychiatriques : le cas de la responsabilité pénale », *L'évolution psychiatrique*, 2016, vol. 81, p. 435.

⁷⁰⁶ E. DREYER, *op.cit.*, p. 611.

⁷⁰⁷ Cass. crim. 15 novembre 2006 : JCP G 2007, II, 10062, note J-Y Maréchal.

⁷⁰⁸ E. DREYER, *op. cit.*, p. 615.

l'article 122-1 semble plus adéquate dans la mesure où il fait directement référence à un trouble spécifiquement neuropsychique.

L'utilisation des neurosciences dans la recherche de la responsabilité pénale peut avoir pour conséquence de déclarer irresponsable toute personne qui présenterait une anomalie cérébrale. Le « neurodéterminisme » réduit la question de la responsabilité pénale à un problème d'influx nerveux dans le cerveau⁷⁰⁹. Par exemple, l'autopsie de Charles Whitman⁷¹⁰ avait démontré qu'il souffrait d'une grosse tumeur cérébrale, ce qui aurait pu inciter à l'indulgence⁷¹¹.

Par ailleurs, un individu avait été en prison car il avait une compulsion à voler des voitures, qu'il rendait après les avoir conduit au cour d'une petite promenade. « Evidemment, cela ne plaisait pas aux propriétaires des voitures et le patient a été arrêté à plusieurs reprises, jusqu'à ce que l'on découvre une lésion dans son cortex orbitofrontal qui l'amenait à avoir des comportements compulsifs, à être incapable d'inhiber ses actions »⁷¹². Comme dans l'ancien Code pénal, on revient à un raisonnement en termes de maladie et non d'abolition du discernement. Par conséquent, il y a une véritable médicalisation de la responsabilité pénale, car la maladie est de la compétence du corps médical et l'appréhension de la responsabilité rend incontournable l'intervention des professionnels de santé.

Néanmoins, il y a quand même une part de liberté dans les actions de la personne. Il y aurait un équilibre entre le déterminisme et le libre arbitre. Le cerveau connaîtrait des moments de réflexion consciente, qui auraient une influence sur les futures prises de décision⁷¹³. En effet, « même si de nombreuses décisions sont traitées dans notre cerveau de manière inconsciente, ce n'est pas pour autant que nous ne sommes pas libre de prendre des décisions rationnelles »⁷¹⁴.

⁷⁰⁹ S. DESMOULIN-CANSELIER, *op.cit.*, p. 343.

⁷¹⁰ Charles Whitman est un tueur en série, il est connu pour avoir, le 1^{er} août 1996 été l'auteur d'une tuerie à l'Université du Texas. Cette fusillade avait fait 16 morts et 32 blessés.

⁷¹¹ P. LARRIEU, *op.cit.*, p. 105.

⁷¹² A. SIRIGU, « Neurosciences de la décision et libre arbitre », Actes du séminaire Perspectives scientifiques et légales sur l'utilisation des sciences du cerveau dans le cadre des procédures judiciaires, Centre d'analyse stratégique, 10 décembre 2009, p. 17.

⁷¹³ S. BOURGEOIS-GIRONDE, « Les neurosciences peuvent-elles modifier nos conceptions de l'intentionnalité, de la responsabilité, du droit et de l'éthique ? », Actes du séminaire Perspectives scientifiques et légales sur l'utilisation des sciences du cerveau dans le cadre des procédures judiciaires, Centre d'analyse stratégique, 10 décembre 2009, p.14.

⁷¹⁴ A. SIRIGU, « Neurosciences de la décision et libre arbitre », Actes du séminaire Perspectives scientifiques et légales sur l'utilisation des sciences du cerveau dans le cadre des procédures judiciaires, Centre d'analyse stratégique, 10 décembre 2009, p. 19.

« Le système de responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre n'est pas entièrement faux mais il convient de le relativiser »⁷¹⁵. Cependant, les techniques neuroscientifiques ne sont pas nécessairement fiables et surtout ne peuvent se suffire à elles-mêmes.

B. Les limites inhérentes aux techniques neuroscientifiques

228. L'objectivité apparente des expertises neuroscientifiques. L'utilisation des neurosciences a été préconisée à l'étranger et est aujourd'hui autorisée en France, dans l'espoir de pallier la subjectivité dénoncée des expertises psychiatriques et psychologiques. Pour autant, malgré la possibilité d'utiliser les neurosciences, la jurisprudence ne fait pas état du recours à une expertise neuroscientifique afin de prouver la responsabilité ou l'irresponsabilité pénale. Les neurosciences sont alors apparues comme le moyen d'éviter les erreurs judiciaires ou du moins, de fournir à la justice pénale des expertises plus fiables.

Par ailleurs, les techniques neuroscientifiques permettent d'avoir une approche plus individuelle de la personne soupçonnée en prenant en considération son état de santé dans l'évaluation de la responsabilité pénale.

Cependant, les expertises neuroscientifiques ne sont pas aussi fiables que l'on pourrait l'espérer. En effet, bien que ces techniques soient objectives, l'interprétation des résultats est subjective, ce qui démontre qu'aucun résultat scientifique ne peut être à cent pour cent fiable et objectif⁷¹⁶. Cette subjectivité découle de la complexité du fonctionnement du cerveau.

229. La complexité du fonctionnement du cerveau. Le cerveau est un organe trop complexe pour démontrer qu'il existe un lien direct, immédiat et linéaire entre un dysfonctionnement cérébral et un comportement déviant, car il faut pouvoir démontrer le lien causal entre l'anomalie du cerveau et le passage à l'acte. Sans cette exigence, trop de cas d'irresponsabilité pénale seraient retenus. Il semble donc scientifiquement impossible d'identifier un comportement déviant, un comportement criminel, sur la seule base d'une expertise neuroscientifique.

⁷¹⁵ G. CASILE-HUGUES, « La responsabilité pénale à la lumière des neurosciences », Rép. Dr. pén. et proc. pén. 2012, p. 9.

⁷¹⁶ C. BYK, « Responsabilité et dangerosité à l'aune des neurosciences », Rev. Pénit. Dr. pén., p. 325.

Les techniques neuroscientifiques ne suffisent pas pour statuer sur la responsabilité pénale d'une personne soupçonnée. En effet, la technique neuroscientifique, « n'est pas un outil assez mature pour répondre aux besoins de la justice »⁷¹⁷. L'évaluation de la personne soupçonnée doit donc nécessairement être pluridisciplinaire, à savoir une analyse psychiatrique ou psychologique approfondie en corrélation avec l'utilisation de l'imagerie cérébrale. Il est nécessaire que l'application de l'article 45 de la loi du 7 juillet 2011 soit précisée en raison du manque de recherche quant à la fiabilité des techniques neuroscientifiques lors d'une procédure judiciaire. Surtout, la conception selon laquelle le délinquant est malade est très discutable.

Le phénomène de médicalisation du droit pénal impacte donc la façon d'appréhender la responsabilité pénale. Toutefois, les techniques neuroscientifiques ne sont pas les seules à défendre l'existence d'un déterminisme.

II. La résurgence d'un déterminisme génétique

230. L'influence criminologique. La criminologie a une influence sur le droit pénal et notamment dans l'appréhension de la responsabilité pénale. Une de ses écoles en particulier a une position très affirmée sur la question, en ce qu'elle parle de déterminisme, et a recherché le gène de la criminalité. Il s'agit de l'école positiviste. Les influences positivistes connaissent une résurgence en droit pénal (A). Cependant, il existe des dangers liés à l'adoption d'un déterminisme génétique (B).

A. La résurgence des théories positivistes

231. L'étude la personnalité du délinquant. Quelles sont les causes de la criminalité ? Alors que pour certains auteurs la criminalité a pour cause le milieu social, affirmant que « le milieu social est le bouillon de culture de la criminalité ; le microbe c'est le criminel, un élément qui n'a d'importance que le jour où il trouve le bouillon qui le fait fermenter. Les sociétés n'ont que les criminels qu'elles méritent »⁷¹⁸, pour d'autres elle a une cause génétique. La théorie

⁷¹⁷ A. AUBERT, E. COUDRET, *op.cit.*, p. 80.

⁷¹⁸ A. LACASSAGNE, « Des transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale de 1810 à 1912 », *Archives d'anthropologie criminelle de médecine légale et de psychologie normale et pathologique* 1913, p. 321.

aussi fameuse qu'extravagante selon laquelle il existerait un type de criminel⁷¹⁹, n'est autre que la théorie de Lombroso, (1), qui conserve aujourd'hui une influence (2).

1) La théorie de Lombroso

232. Les affirmations de Lombroso sur la responsabilité pénale. L'idée générale de l'école positiviste est que « la conduite humaine est déterminée »⁷²⁰. Les théories positivistes voient le jour au XVIIIème siècle et cherchent à atteindre les causes réelles de la délinquance⁷²¹. Cette école de pensée a une vision purement déterministe du phénomène criminel et présente un modèle explicatif reposant sur des relations de causes à effet. Elle introduit au sein du droit des connaissances psychologiques et anthropologiques⁷²². « Pour un comportement donné, les causes peuvent être multiples et constituent les éléments nécessaires à partir desquels il est possible de le comprendre et par le fait même de la maîtriser pourvu que des mesures adéquates soient prises »⁷²³. Pour cette doctrine, la commission d'une infraction ne constitue pas un abus de liberté car l'homme est soumis à un déterminisme absolu, donc le libre arbitre n'est qu'illusoire⁷²⁴. La prétention du positivisme italien était de mener une étude scientifique de la délinquance. La théorie qui intéresse le déterminisme génétique est celle plus précisément de Cesare Lombroso.

Lombroso, médecin et auteur de l'ouvrage en 1876, *L'homme criminel*, « considéré comme le père de l'anthropologie criminelle »⁷²⁵, a orienté sa carrière vers l'étude des malades mentaux et l'expertise médico-légale. Ce dernier avait entrepris des expériences et dissections afin de prouver que des anomalies morphologiques et craniologiques étaient à l'origine d'un comportement criminel. Il était habité par une conviction et considérait que le délinquant était un homme déviant, que la délinquance était un « déterminisme pathologique de la condition humaine »⁷²⁶. Lombroso observait attentivement le criminel⁷²⁷ et menait alors « son enquête

⁷¹⁹ P. MORVAN, *Criminologie*, 2^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, coll. Manuel, 2016, p. 251.

⁷²⁰ M. ADDAD, M. BENEZECH, *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, Paris, 1978, p. 16.

⁷²¹ A. LAINGUI, « L'Homme criminel dans l'Ancien Droit », RSC 1983, p. 15.

⁷²² C. LOMBROSO, *L'anthropologie criminelle et ses récents progrès*, Paris, Alcan, 1890, p. 160.

⁷²³ C. DEBUYST, *Essai de criminologie clinique, Entre psychologie et justice pénale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 185.

⁷²⁴ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris, Dalloz, 2004 (1893), p. 179.

⁷²⁵ A. NORMANDEAU, « Tony Ferri, *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hypersurveillance* », RSC 2013, p. 491.

⁷²⁶ S. TZITZIS, *op.cit.*, p. 168.

⁷²⁷ J-F BRAUNSTEIN, « Une vision médicale du monde. Le « cas » Lombroso », *Archives de philosophie* 2010, t. 73, vol. 4, p. 631.

comme un médecin traquant les maladies. [...] Cette conviction porte à considérer le comportement criminel en relation étroite avec l'hérédité »⁷²⁸.

A titre d'expérience scientifique, Lombroso se lançait dans une « étude sérielle de crânes de criminels et d'examen anthropométriques, médicaux et psychologiques de délinquants vivants, qui lui permet de mettre en évidence les signes anatomiques et physiologiques propres à chaque type de criminel »⁷²⁹. Il ressortait notamment de ses expériences que les caractéristiques anatomiques du meurtrier étaient des pommettes saillantes, un crâne étroit et de longs maxillaires. Pire encore, il considérait que les femmes étaient encore plus dégénérées que les hommes car étaient intellectuellement et physiquement des hommes arrêtés dans leur développement⁷³⁰. Lombroso tenait des propos discriminants voire racistes, car selon lui, le violeur a « l'œil saillant, la physionomie délicate, les lèvres et les paupières volumineuses. La plupart sont grêles, blonds, rachitiques et parfois bossus. [...] Les homicides habituels ont le regard vitreux, froid, immobile, quelques fois sanguinaire et injecté ; le nez souvent aquilin, ou mieux crochu comme celui des oiseaux de proie, toujours volumineux ; les mâchoires sont robustes, les oreilles longues, les pommettes larges, les cheveux crépus abondants et foncés. Assez souvent la barbe est rare, les dents canines très développées, les lèvres fines. [...] En général, beaucoup de criminels ont les oreilles écartées, les cheveux abondants, la barbe rare, les sinus frontaux et les mâchoires énormes, le menton carré et saillant, les pommettes larges, les gestes fréquents, en somme un type ressemblant au mongol et parfois au nègre »⁷³¹.

Selon Lombroso, il existerait donc un déterminisme génétique, héréditaire chez la personne, à l'origine de la commission d'une infraction. En effet, selon lui, « la cause principale du comportement criminel réside dans un déterminisme héréditaire »⁷³². Il retenait une conception atavique du crime, « qui l'amène à penser que les criminels, restés en arrière dans l'évolution qui mène l'homme, constituent une véritable race à part avec des stigmates précis, biologiques ou psychologiques, qui en constitueraient la marque indélébile »⁷³³. La personnalité du délinquant, en tant qu'entité humaine, serait considérée comme un ensemble de caractéristiques « à partir desquelles un individu peut être identifié et son comportement

⁷²⁸ J-C COFFIN, *op. cit.*, p. 115.

⁷²⁹ E. TILLET, *op. cit.*, n°80.

⁷³⁰ M. AGRAPART-DELMAS, « Les femmes criminelles », in *Déviances et délinquances, Approches psychosociales pénales*, (dir.) P. CONTE, S. TZITZIS, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 185.

⁷³¹ C. LOMBROSO, *L'Homme criminel. Etude anthropologique et psychiatrique*. Paris, Alcan, 1887, 2^{ème} partie, Chap. III.

⁷³² R. GASSIN, « A propos d'une première histoire de la criminologie française », RSC 1997, p. 899.

⁷³³ M. DELMAS-MARTY, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », RSC 2010, p. 5.

ultérieur faire l'objet d'une prédiction en fonction de ces mêmes caractéristiques »⁷³⁴. Cela justifie l'idée selon laquelle les personnes sont prédestinées à commettre des infractions.

L'existence prétendue d'un déterminisme génétique remet en cause la responsabilité pénale fondée sur libre arbitre. Dans la mesure où la personne est prédéterminée à commettre une infraction et qu'elle agit sous l'impulsion d'un déterminisme génétique, son libre arbitre n'a plus lieu d'être.

2) L'influence contemporaine de la théorie de Lombroso

233. Le triomphe du déterminisme selon Lombroso. Cesare Lombroso, en tant que figure incontournable de l'école positiviste, continue d'alimenter un scepticisme certain tant ses propos jugés politiquement incorrects sont encore d'actualité. Il y a une certaine « victoire posthume »⁷³⁵ de ses idées.

L'actualité de ces propos est d'autant plus importante que certains scientifiques s'intéressent encore aujourd'hui à rechercher un déterminisme génétique, en espérant apporter un éclairage sur le phénomène criminel. En effet, une recherche en Finlande a été effectuée dont « il ressortirait que deux gènes peuvent être associés à des comportements extrêmement violents. Ces deux gènes (MAOA et CDH13) seraient présents simultanément chez un nombre significatif de criminels condamnés pour des crimes violents »⁷³⁶. De manière contestable, le droit français s'est lui aussi orienté vers la considération d'un certain déterminisme génétique.

234. La recherche d'un déterminisme génétique par l'ADN. Depuis une loi du 3 juin 2016⁷³⁷, introduisant l'article 706-56-1-1 dans le Code de procédure pénale, il est possible pour les crimes prévus à l'article 706-55 de rechercher à partir d'une trace ADN, des liens de parenté entre une personne soupçonnée, recherchée et une personne déjà soupçonnée ou condamnée qui a ses empreintes génétiques déjà enregistrées au FNAEG⁷³⁸. Cette recherche en parentèle est désormais aussi étendue aux collatéraux⁷³⁹.

⁷³⁴ C. DEBUYST, *op.cit.*, p. 206.

⁷³⁵ P-J DELAGE, « Le péril jeune », D. 2008, p. 1837.

⁷³⁶ E. ALLAIN, « La tentation du déterminisme », AJ pén. 2014, p. 497.

⁷³⁷ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement.

⁷³⁸ M. NICOLAS-GRECIANO, *op.cit.*, p. 60.

⁷³⁹ Crim., 28 juin 2017, n° 17-80.055 ; En l'espèce, des prélèvements biologiques avaient été recueillis sur les lieux de commission de plusieurs viols et agressions sexuelles. Le profil génétique de l'auteur non identifié était enregistré au FNAEG et comparé aux caractéristiques génétiques d'individus déjà répertoriés. Cependant, les investigations demeuraient vaines donc une ordonnance de non-lieu était rendue. A la suite d'une nouvelle

Cette nouvelle utilisation de l'ADN permettant des comparaisons en parentèle, sous-entend que les enquêteurs sont susceptibles de trouver des proximités génétiques chez les auteurs d'infraction. Ce nouveau moyen de preuve privilégie les données génétiques dans la commission de troubles à l'ordre public. Les comparaisons en parentèle introduisent l'idée selon laquelle, dans une famille, il est possible de trouver plusieurs délinquants. Cela laisse penser que finalement, la criminalité serait une histoire de famille. La disposition de l'article 706-56-1-1 s'inspire des idées positivistes, estimant que la délinquance est dans les gènes, qu'elle constitue un héritage familial. Par conséquent, il s'agit d'une inspiration d'une théorie génétique de la criminalité.

De plus, comme cette nouvelle utilisation du FNAEG n'est permise que pour les infractions prévues à l'article 706-55 du Code de procédure pénale, il semblerait que le déterminisme génétique ne concerne que les crimes graves⁷⁴⁰.

La permission légale des comparaisons en parentèle est bien une inspiration de la doctrine positiviste dans le droit pénal actuel. Cependant, l'appréhension génétique de la criminalité n'est pas sans danger.

B. Les dangers liés à l'adoption d'un déterminisme génétique

235. L'appréhension médicale de la responsabilité pénale. Le droit pénal répète les erreurs du passé, dans le but de « s'approprier l'étude scientifique du crime »⁷⁴¹. En effet, dans la continuité des idées positivistes, en s'attachant à un déterminisme génétique, le droit pénal

information, le juge d'instruction ordonnait ne expertise de rapprochement en parentèle des traces ADN. Le juge délivrait une commission rogatoire tendant à ce que les enquêteurs exploitent les résultats de la demande d'expertise en parentèle car elle établissait la proximité génétique de 29 personnes. Les enquêteurs procédaient alors à des investigations sur les ascendants, les descendants et les collatéraux de ces personnes, ce qui permis l'arrestation d'un individu. Ce dernier remettait en cause la recherche en parentèle sur les collatéraux. La Cour de cassation affirmait que « les articles 81, 706-54 et suivants du code de procédure pénale permettaient au juge d'instruction d'ordonner une expertise ayant pour objet l'identification et la recherche des auteurs des crimes et délits mentionnés à l'article 706-55 dudit code en sélectionnant, par une comparaison avec le profil génétique identifié comme étant celui de l'auteur de l'infraction, parmi les personnes enregistrées dans la base de données, celles qui étaient susceptibles de lui être apparentées en ligne directe, la liste proposée pouvant exceptionnellement comporter des collatéraux de l'auteur recherché ».

⁷⁴⁰ L'article 706-55 du Code de procédure pénale vise les infractions de nature sexuelle, les crimes contre l'humanité, les atteintes volontaires à la vie, la torture, les actes de barbaries, les crimes et délits de vols, d'extorsion, d'escroquerie, de destruction, de dégradation, les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, le terrorisme, la fausse monnaie, l'association de malfaiteurs etc.

⁷⁴¹ L. MUCCHIELLI, « Une « nouvelle criminologie » française ? Pourquoi et pour qui ? », RSC 2008, p. 795.

risque de remettre en cause la responsabilité pénale en fondant « sur la continuité entre l'animal et l'homme, l'atavisme de certaines formes de criminalité »⁷⁴².

A considérer que l'origine du crime est génétique, il n'y aurait plus de place pour le libre arbitre, car la personne serait prédéterminée génétiquement à commettre une infraction. La personne ne déciderait pas elle-même de passer à l'acte. En ne prenant en considération qu'un déterminisme génétique et cérébral, la responsabilité pénale classique pourrait être clairement remise en cause. En l'absence de libre arbitre, la personne soupçonnée devrait être déclarée irresponsable de ses actes, ou tout du moins, sa responsabilité devrait être atténuée. Une responsabilité pénale à visée médicale tend à voir le jour en droit pénal.

Dans cette optique, l'article 122-1 voire l'article 122-2 auraient vocation à s'appliquer dans de nombreux cas de figure. En effet, il semblerait impossible de justifier qu'une personne privée de son libre arbitre au moment des faits ou qui serait atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique en raison d'une anomalie cérébrale soit déclarée responsable de ses actes. Le mécanisme juridique de responsabilité pénale ne serait pas adapté à la réalité. Autrement dit, la réalité scientifique permettrait d'avoir un regard plus adéquat sur la responsabilité pénale et donc sur les cas d'irresponsabilité.

236. L'oubli d'une conception classique de la responsabilité pénale. La conception de Beccaria sur la responsabilité, « est basée sur une conception hédoniste du comportement »⁷⁴³, c'est-à-dire que l'homme agit en fonction de son libre arbitre et choisit en fonction du plaisir que lui procure son acte. Le système de sanction pénale est fondé sur cette interprétation. La personne qui prend du plaisir à commettre un acte prohibé par la loi verra son plaisir transformé en faute, de laquelle découlera une sanction pénale. Néanmoins, en l'absence de libre arbitre la conception classique de Beccaria sur la responsabilité pénale n'a plus lieu d'être car la personne ne choisit pas à proprement parler de commettre une infraction.

Le phénomène de médicalisation du droit pénal engendre une réelle remise en question du système de responsabilité pénale fondé sur le libre arbitre. L'appréhension de la responsabilité pénale de l'individu soupçonné reçoit l'influence des sciences médicales.

237. Conclusion Chapitre 2. Les sciences médicales entraînent une approche plus adéquate de la responsabilité et surtout de l'irresponsabilité pénale. En effet, la psychiatrie et la psychologie permettent de comprendre le phénomène criminel et même de le déceler. D'autres

⁷⁴² M. DELMAS-MARTY, *op.cit.*, p. 495.

⁷⁴³ C. DEBUYST, *op.cit.*, p. 182.

sciences médicales viennent renforcer l'idée selon laquelle les comportements infractionnels peuvent s'expliquer par la présence d'anomalies chez la personne, c'est le cas des neurosciences et de la génétique. La personne mise en cause est censée recevoir un traitement pénal plus adapté à sa situation. Toutefois, l'influence de la médicalisation sur l'appréhension de la responsabilité pénale montre ses limites, car il y a une véritable rupture avec le fondement classique de la responsabilité pénale, l'imputabilité fondée sur le libre arbitre.

238. Conclusion Titre 2. L'évolution des sciences médicales impacte sans nul doute l'appréhension de la responsabilité pénale. Le phénomène de médicalisation se voit aussi bien dans la phase de création de la norme que dans la détermination de la responsabilité ou de l'irresponsabilité de la personne soupçonnée. Il existe alors une influence à double courant. En effet, les sciences médicales aident le droit pénal à être plus efficace dans la poursuite d'infractions mais elles sont aussi créatrices de responsabilité pénale car de nouvelles incriminations émergent sous leur influence. La médicalisation dans l'appréhension de la responsabilité pénale se justifie d'autant plus en raison de la place de choix laissée à la psychiatrie, aux neurosciences et à la génétique. Dans ce domaine, il ne s'agit pas véritablement d'une pluridisciplinarité mais d'une primauté de la médecine sur le droit qui s'adapte ou tente de s'adapter au mieux aux évolutions de la science.

239. Conclusion Partie 1. La médicalisation impacte sans nul doute le droit pénal. Plus précisément, c'est la poursuite pénale qui est sous influence. En effet, la médicalisation en la matière se retrouve à deux niveaux, la preuve et la responsabilité pénale. La modification de la poursuite est marquée par plusieurs ambivalences. La première est que les sciences médicales aident la poursuite dans la mesure où la preuve pénale est plus fiable et plus rapide, mais cette évolution de l'administration de la preuve peut porter des atteintes à des droits et principes de la procédure pénale. La seconde ambivalence est relative au rôle du juge car les sciences médicales l'aident pour conforter ses décisions, mais modifient également son rôle en transformant son intime conviction. Autrement dit, la médicalisation de la poursuite pénale est fondée sur une balance, une aide pour la matière pénale et des atteintes à cette dernière.

Néanmoins, les sciences médicales ne s'imposent pas à proprement parler au sein du droit pénal. En effet, c'est le législateur qui décide de les introduire toujours un petit peu plus au sein du droit pénal. Les sciences médicales peuvent être une source d'inspiration, notamment en ce qui concerne l'appréhension de la responsabilité pénale. Les sciences proposent et le législateur en dispose. Il faut également souligner que dans un souci de promouvoir le recours à ces dernières, même si une protection des droits de la personne soupçonnée ou de la victime est

prévue, le législateur introduit une façon de la détourner pour atteindre les finalités du droit pénal en permettant d'attenter au consentement.

La recherche de la preuve est moins protectrice des droits et libertés individuelles de la personne mise en cause. Son sort est une fois de plus impacté lorsqu'il s'agit de rechercher si elle est ou non responsable pénalement. Le fondement classique de la responsabilité pénale étant remis en cause, la personne poursuivie est considérée comme quelqu'un de malade. Dans cette hypothèse, si la personne est malade, quelle sanction (traitement ?) pénale lui infliger ? Foucault disait qu'on était passé « du vilain métier de punir au joli métier de soigner »⁷⁴⁴. Cette affirmation trouve tout son sens, car la médicalisation du droit pénal touche aussi la condamnation pénale.

⁷⁴⁴ G. LE BLANC, J. TERREL (dir.), *Foucault au collège de France, un itinéraire*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, coll. Histoire des pensées, 2003, p. 61.

PARTIE 2 : CONDAMNER A L'AUNE DE LA MEDICALISATION DU DROIT PENAL

240. Le traitement de la pathologie criminelle. Au cours de son évolution, le droit pénal porte un regard différent sur le phénomène criminel et plus précisément sur le criminel. A l'heure actuelle, une transformation de la pénalité se développe, impliquant de regarder « le crime comme une maladie »⁷⁴⁵. Dès la fin du XVIIIème siècle, et au début du XIXème siècle, certains médecins « s'intéressèrent au crime et pensèrent, avant les juristes, qu'un des moyens de le combattre était de développer l'« hygiène publique » »⁷⁴⁶. Désormais, le législateur ne cesse d'avoir recours à la médecine pour guérir les maux de la société.

« Le symptôme de la pathologie criminelle est la rupture du pacte social engendrée par l'acte criminel du hors-la-loi qui, en s'affirmant à titre individuel, contredit l'instance collective ou le corps social »⁷⁴⁷. Parler en termes de pathologie est un écho direct à la médicalisation du droit pénal et sous-entend que le traitement de la grande délinquance est curatif. En effet, le traitement de la pathologie criminelle passe par le recours aux soins.

La condamnation pénale absorbe la médicalisation car les termes soigner et punir sont devenus ces dernières années, presque indissociables. Une influence de la médicalisation s'exerce sur la peine (Titre 1) mais aussi sur le développement de la notion de dangerosité (Titre 2).

⁷⁴⁵ V. HUGO, *Le dernier jour d'un condamné*, Paris, Flammarion, 1832, préface.

⁷⁴⁶ X. LAMEYRE, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », RSC 2001, p. 521.

⁷⁴⁷ T. FERRI, *Qu'est-ce que punir ? Du châtimeut à l'hypersurveillance*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 45.

TITRE 1 : L'influence de la médicalisation sur la peine

241. L'identification des soins pénalement ordonnés. « Assigner une finalité thérapeutique à la peine n'a pas plus de sens que de donner un sens punitif à la thérapie »⁷⁴⁸, mais il semble néanmoins qu'il existe une complémentarité entre droit et médecine. C'est ainsi que le binôme punir et soigner se profile⁷⁴⁹. Le terme de « traitement » de la personne condamnée recouvre un double sens, punitif et curatif. Cela revient à considérer qu'on « punira des individus qui seront jugés en tant que criminels, mais jaugés, appréciés, mesurés en termes de normal et de pathologique »⁷⁵⁰.

« Les pratiques des soins obligés, aujourd'hui dénommés soins pénalement ordonnés, ont été définies comme un ensemble de techniques juridiques visant à l'instauration de soins dans un contexte spécifique de transgressions et d'attentes sociales. Les terminologies qui les désignent renvoient à la fois au champ juridique et au champ sanitaire ; elles sont, en cela, sources de confusions qui s'originent dans un ensemble de questions et de problématiques liées aux notions de contrainte, d'obligations et d'injonction, chacune s'articulant autour de la mise en place d'une décision judiciaire (jugement) et de la nécessité (ou non) de l'instauration d'un processus de soins (dimension clinique) »⁷⁵¹.

Lorsqu'on parle de médicalisation de la sanction pénale, il y a une « antonymie des logiques sécuritaire et humanitaire »⁷⁵². En effet, alors que d'une part les institutions médicales et sociales œuvrent dans une logique individuelle et humanitaire « dont l'autre a besoin pour vaincre le mal en lui »⁷⁵³, centrée sur la compréhension des personnes, le respect de l'intersubjectivité et ce quel que soit le statut social ou pénal des individus, les autorités répressives d'autre part, sont animées par une logique collective et sécuritaire axée sur la

⁷⁴⁸ D. SALAS, « Le délinquant sexuel », in *La justice et le mal*, A. GARAPON, D. SALAS (dir.), Paris, O. Jacob, coll. Opus, 1997.

⁷⁴⁹ J. CASTAIGNEDE, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique de la sanction-traitement », D. 1999, p. 23.

⁷⁵⁰ M. FOUCAULT, *Les Anormaux*, Paris, Cours au Collège de France du 29 janvier 1975, Seuil/Gallimard, 1999, p. 85.

⁷⁵¹ M. G. SCHWEITZER, N. PUIG-VERGES, « Soins obligés, injonction de soins et expertises judiciaires. Enjeux idéologiques ou enjeux politiques pour la psychiatrie », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, septembre 2014, pp. 573-574.

⁷⁵² X. LAMEYRE, « Pour une « poétique » des soins pénalement ordonnés », *Cahiers de la justice*, 2008, p. 71.

⁷⁵³ N. BOBBIO, *Le sage et la politique, Ecrits moraux sur la vieillesse et la douceur*, Paris, Albin Michel, coll. Bibliothèque Idées », 2004, p. 78.

protection et la défense sociale⁷⁵⁴. En matière de médicalisation de la peine, le versant humanitaire se remarque parce qu'il y a plus d'individualisation avec le développement du soin comme peine (Chapitre 1). Le versant sécuritaire est également présent car il existe un développement du soin contraint comme peine (Chapitre 2).

⁷⁵⁴ X. LAMEYRE, *op.cit.*, p. 71.

Chapitre 1 : Le développement du soin comme peine

242. Les sciences médicales au service de la sanction pénale. « Le soin est de plus en plus fréquemment convoqué au secours de la peine critiquée dans sa forme et à la fois invoquée, une peine qui perd confiance en son efficacité, sa pertinence. Les soins pénalement obligés se multiplient à la demande de la justice, de son ministère, de ses acteurs désemparés, au nom d'une société qui réclamerait un risque zéro que les psychiatres pourraient garantir »⁷⁵⁵.

Il semble donc que ce soit la justice elle-même qui porte un intérêt marqué pour les sciences médicales plutôt que l'inverse, comme si la justice pénale avait besoin de la médecine pour assurer la répression des infractions. Cet intérêt s'est manifesté par l'émergence du recours judiciaire aux soins (Section 1) puis par sa généralisation (Section 2).

Section 1 : L'émergence du recours judiciaire aux soins

243. L'attribution d'un rôle sanitaire à la sanction pénale. La peine ne semble plus seulement avoir un aspect punitif mais a aussi un aspect curatif, ayant pour finalité le traitement de la personne condamnée. En raison de l'existence de cet aspect curatif, la sanction pénale a en plus d'avoir un rôle sécuritaire, un rôle sanitaire. L'attribution d'un tel rôle peut paraître étonnante dans la mesure où droit et santé affichent une bipolarité des logiques. Cependant, le législateur est attaché au versant sanitaire de la peine car désormais, bon nombre de personnes condamnées sont concernées par les sanctions curatives. Cette idée se justifie par les prémices du recours judiciaire aux soins (I), recours qui connaît des limites (II).

⁷⁵⁵ S. BARON-LAFORET, « Guide des nouvelles obligations de soin », L'information psychiatrique, 2009, vol. 85, p. 753.

I. Les prémices du recours judiciaire aux soins

244. La promotion du recours judiciaire aux soins. La sanction classique ne semblant plus être suffisante, afin de prévenir la récidive et d'assurer un reclassement efficace des personnes condamnées, les sciences médicales volent au secours du droit pénal. Des arguments se développent en faveur de la complémentarité entre médecine et droit, permettant ainsi d'avancer des justifications du recours judiciaire aux soins (A). Ce dernier, toujours en constant développement, implique un changement de paradigme de la peine (B).

A. Les justifications du recours judiciaire aux soins

245. La promotion de mesures extra pénales. Les sanctions pénales traditionnelles ne sont pas nécessairement les plus efficaces pour lutter contre la récidive car elles ne sont pas forcément adaptées à la personnalité du délinquant. Différents mouvements doctrinaux ont fait la promotion de mesures qui n'impliquent pas une sanction classique telle que l'emprisonnement. C'est dans cette idée que le soin a peu à peu intégré le droit pénal. Le soin s'est ainsi inscrit en tant que mesure extra pénale. Cette utilisation trouve sa source dans l'influence directe des idées de la Défense sociale nouvelle (1), démontrant un attachement au principe d'individualisation (2).

1) L'influence directe des idées de la Défense sociale nouvelle

246. L'émergence de la Défense sociale nouvelle. Le mouvement doctrinal autonome de Défense sociale est né avec le positivisme⁷⁵⁶. La première fois qu'on a parlé de la Défense sociale en tant que mouvement doctrinal autonome, c'est avec l'Union internationale de droit pénal⁷⁵⁷ et plus précisément avec l'ouvrage d'un de ses fondateurs, Adolphe Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, paru en 1910.

⁷⁵⁶ On a pu concevoir la Défense sociale après la révolte positiviste. Pour autant, la Défense sociale ne se confond pas avec les idées positivistes et elle n'est pas non plus incluse à ces dernières. En effet, elle n'est qu'une conséquence indirecte du positivisme. Autrement dit, ce sont les positions positivistes qui ont permis l'éclosion de la Défense sociale.

⁷⁵⁷ L'Union internationale de droit pénal a été fondée à Vienne en 1889 par Franz Von Litszt, Gérard Van Hamel et Adolphe Prins. Elle s'est dissoute à l'issue de la première guerre mondiale. Elle a plus tard été réorganisée sous le nom d'Association Internationale de droit pénal, fondée à Paris en 1924.

La doctrine de la Défense sociale est une conception du droit pénal qui vise, non pas à punir une faute et à la sanctionner par un châtement, mais à protéger la société. Pour cela, elle organise des mesures extra pénales, par élimination, ségrégation, ou des mesures curatives voire éducatives. Elle s'efforce également d'assurer la prévention des infractions ainsi que le traitement de leurs auteurs. Il s'agit d'un désir de resocialisation, qui passe nécessairement par une humanisation du droit pénal, plaçant l'individu au centre du traitement pénal. Il s'appuie alors sur des connaissances scientifiques, aussi bien du fait criminel que de la personnalité du délinquant⁷⁵⁸. La doctrine de la Défense sociale a connu diverses évolutions, qui ont abouti à la naissance de la Défense sociale nouvelle en 1945.

247. Les idées de la Défense sociale nouvelle. L'influence du mouvement de la Défense sociale nouvelle sur le droit pénal s'est effectuée au cours de l'après-guerre et s'est intensifiée avec la parution de *La Défense sociale nouvelle* de Marc Ancel en 1954⁷⁵⁹. Cet ouvrage de référence fixe les contours des idées de cette école et marque ses différences avec la Défense sociale et la prophylaxie criminelle⁷⁶⁰. Il a eu « une influence mondiale sur la prise de conscience de la réalité des systèmes pénaux et de la nécessité de les réorienter par une politique criminelle rationnelle et humaniste »⁷⁶¹.

La doctrine de la Défense sociale nouvelle est contre l'idée de déterminisme positiviste qu'il soit biologique ou social car cette doctrine laisse une large marge de liberté à l'individu. De plus, elle « met certes au premier plan la sériation et la classification des délinquants ; mais elle défie des divisions, devenues traditionnelles depuis la fin du XIXe siècle, qui tendent à répartir, commodément et à l'avance, les auteurs d'actes criminels en catégories distinctes (délinquants d'habitude, délinquants occasionnels, délinquants passionnels). Sans doute la recherche de ces classifications peut être scientifiquement légitime et utile ; mais pour la Défense sociale

⁷⁵⁸ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954, pp. 35-36.

⁷⁵⁹ R. GASSIN, « L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II*, Paris, A. Pedone, 1975, p. 7.

⁷⁶⁰ La prophylaxie criminelle est un mouvement de criminologie qui prend en considération l'effet préventif des mesures de traitement de l'individu, elle s'intéresse à la prévention individuelle. Elle apparaît comme une discipline médico-psychologique, en observant le traitement des délinquants anormaux. Un décret du 22 mai 1936 avait même créé un Conseil supérieur de prophylaxie criminelle chargé « d'étudier et de proposer les mesures ou les méthodes qui lui paraîtraient susceptibles de développer la prévention contre le crime ». Il fut dissout en 1940. Alors que la prophylaxie criminelle s'intéresse à la prévention individuelle, la Défense sociale nouvelle s'intéresse à la prévention sociale d'ordre général. Par ailleurs, contrairement à la prophylaxie criminelle, la Défense sociale nouvelle ne se contente pas d'apporter quelques modifications au droit pénal existant mais le réorganise en ciblant son action sur la personnalité du délinquant et son traitement.

⁷⁶¹ L.H.C HULSMAN, « Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marcc ANCEL, t. II*, Paris, A. Pedone, 1975, p. 19.

nouvelle, l'acte criminel est avant tout l'expression d'une personnalité individuelle »⁷⁶². On retrouve alors dans cette doctrine les notions de libre arbitre et de responsabilité contrairement aux idées prônées par les positivistes.

Par ailleurs, il faut ajouter que cette doctrine empreinte des sciences de l'homme n'est pas totalement dépendante de la science, contrairement au positivisme. La Défense sociale nouvelle « est essentiellement *positive*, c'est-à-dire active et agissante. Il s'agit non d'attendre que le danger soit passé, mais de le combattre et de le faire disparaître. D'où le développement considérable, à l'époque la plus récente, de mesures curatives et éducatrices »⁷⁶³ car est recherché avant tout un traitement individualisé du délinquant faisant appel à des mesures curatives d'ordre médical mais aussi à la resocialisation⁷⁶⁴.

248. La personnalité du délinquant au cœur du traitement pénal. La Défense sociale nouvelle est un mouvement de politique criminelle humaniste. Elle a pour vocation de « protéger la société, certes, et par une réaction directement inspirée par la personnalité et la « périculosité » du délinquant, mais en vue de parvenir à une « resocialisation » qui ne peut se développer que par une « humanisation » sans cesse croissante du droit pénal nouveau »⁷⁶⁵. Cette idée sous-entend qu'il y a une nécessité d'adapter le traitement pénal au délinquant afin d'éviter sa récidive et de permettre sa resocialisation.

Le recours à la notion de traitement est intéressant, car il fait directement référence au soin et non à la répression qui est pourtant la finalité première de la sanction. C'est pour cette raison que la Défense sociale nouvelle est un mouvement humaniste, car il prend en considération la personne pour promouvoir l'efficacité du traitement pénal. Cette prise en compte de la personnalité implique d'intégrer le délinquant au cœur du procès pénal avec un jugement en fonction du critère objectif de la loi (l'infraction pénale) et des éléments subjectifs de la personnalité de l'individu. Une connaissance complète du délinquant par le juge est donc nécessaire. Cette dernière passe par l'étude de la constitution biologique, de la situation sociale et des réactions psychologiques. Marc Ancel parlait d'examen scientifique du délinquant⁷⁶⁶.

⁷⁶² M. ANCEL, *op.cit.*, p. 102.

⁷⁶³ M. ANCEL, *ibid.*, p. 108.

⁷⁶⁴ J. PINATEL, « L'œuvre de Marc Ancel en matière de prophylaxie criminelle », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II, Paris, A. Pedone, 1975*, p. 70

⁷⁶⁵ G. LEVASSEUR, « Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la Défense sociale nouvelle », *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II, Paris, A. Pedone, 1975*, p. 39.

⁷⁶⁶ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 136.

La sanction traditionnelle s'avère donc insuffisante pour espérer une réadaptation sociale et un reclassement du délinquant. En effet, la peine infamante et afflictive n'est pas forcément adaptée à la personnalité du délinquant. La Défense sociale nouvelle « s'est employée notamment à faire ressortir les abus de la technique juridique qui conduisent à enfermer le juriste dans un monde abstrait, coupé de la réalité des hommes et des choses »⁷⁶⁷. Marc Ancel préférerait aux peines, des mesures préventives, éducatives ou curatives, adaptées à la personnalité et non décidées en fonction de la gravité de l'infraction⁷⁶⁸. La sanction n'apparaît plus simplement comme une rétribution ou un châtiment, car on lui préfère une sanction « scientifiquement individualisée »⁷⁶⁹, et on « cherche sans cesse à incorporer de nouvelles formes plus humaines et efficaces de réaction anticriminelle, surtout sur le plan des traitements modernes non institutionnels »⁷⁷⁰.

Les idées de la Défense sociale nouvelle s'inscrivent dans le champ de la médicalisation de la sanction pénale dans la mesure où le législateur s'en est inspiré en ayant recours à des mesures curatives. En effet, la personnalisation de la sanction se rapproche d'une individualisation. Le recours à des sanctions curatives va dans le sens d'une réaction anticriminelle plus humaine et efficace. Mettre au cœur du traitement pénal la personnalité du délinquant, c'est espérer individualiser au mieux sa sanction. En ce sens, le législateur a marqué son attachement aux idées de la Défense sociale nouvelle en édictant un principe d'individualisation de la peine.

2) L'attachement au principe d'individualisation

249. La reconnaissance du principe d'individualisation. Avant Ancel et Prins, on doit l'idée d'individualisation de la peine à un précurseur, Saleilles, auteur de l'ouvrage *L'individualisation de la peine* en 1898. L'idée étant que « l'individualisation de la peine est proportionnelle à une criminalité subjective, virtuelle, pathologique, liée à un « type » que l'on pourra combattre exactement comme on a vaincu la tuberculose, grâce à un traitement approprié »⁷⁷¹. Selon Saleilles « La nature de la peine, c'est la nature de l'individu qui doit la

⁷⁶⁷ J. VERIN, « La Défense sociale nouvelle contre les fictions », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II, Paris, A. Pedone, 1975, p. 73.*

⁷⁶⁸ F. GRAMATICA, « La notion de « responsabilité » dans le système de défense sociale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II, Paris, A. Pedone, 1975, p. 111.*

⁷⁶⁹ M. ANCEL, *op.cit.*, p. 267.

⁷⁷⁰ E. ROTMAN, « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II, Paris, A. Pedone, 1975, p. 171.*

⁷⁷¹ D. SALAS, « Une relecture de l'individualisation de la peine », in *L'individualisation de la peine*, R. Ottenhof (dir.), Paris, érès, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 201.

déterminer : système d'adaptation individuelle, c'est la définition même de l'individualisation ; et les peines devront se différencier par rapport aux classifications de criminels et non plus par rapport aux catégories de crimes »⁷⁷². La construction du principe s'est faite petit à petit et est devenue une idée centrale avec la Défense sociale nouvelle⁷⁷³.

Par ailleurs, le principe d'individualisation, corollaire des principes de nécessité et de proportionnalité de la peine ressort de l'article 8 de la Déclaration de 1789, en vertu de ce dernier, « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel ne reconnaissait pas une valeur absolue au principe d'individualisation de la peine. Dans une décision n° 80-127 du 19 janvier 1981⁷⁷⁴, il précisait que « si au terme de l'article 8 de la déclaration de 1789 la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, cette disposition n'implique pas que la nécessité des peines doivent être appréciées du seul point de vue de la personnalité du condamné et encore moins qu'à cette fin le juge doive être revêtu d'un pouvoir arbitraire [...] si la législation française a fait une place importante à l'individualisation de la peine elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire dans tous les cas sur les autres principes fondamentaux de la répression pénale ». Néanmoins, dans un second temps, le nouveau Code pénal a œuvré à faire de l'individualisation de la peine un principe fondamental.

Ce n'est que depuis une décision n° 2005-520 du Conseil constitutionnel du 22 juillet 2005⁷⁷⁵, que ce principe a acquis valeur constitutionnelle. La décision du 22 juillet 2005 était relative à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et instituant la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), autrement appelée « plaider coupable ». Plus précisément, cette procédure prévue aux articles 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale « permet au procureur de la République, pour des délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine

⁷⁷² R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, Etude de criminalité sociale*, Paris, PUF, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1898, p. 172.

⁷⁷³ C. LAZERGES, « Introduction », in *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, R. Ottenhof (dir.), Paris, érès, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 195.

⁷⁷⁴ Conseil const., 19 janvier 1981, n° 80-127, DC : J.O 22 janvier 1981, P. 308 ; voir : J.C.P 1981, II 19701, note C. FRANCK ; AJDA 1981, n° 6 p. 278, note C. GOURNAY.

⁷⁷⁵ Conseil const., 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC, RFDC 2006. 165, obs. NICOT ; Gaz. Pal. 2005, n° 215, p. 6, obs. SCHOETTL.

d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans, de proposer une ou plusieurs peines principales ou complémentaires à une personne majeure qui reconnaît les faits qui lui sont reprochés »⁷⁷⁶.

La procédure de la CRPC prévoit qu'il n'est pas nécessaire que le parquet soit présent lors de l'homologation qui a pour objet d'acter l'acceptation par la personne, des peines proposées par le procureur de la République devant le juge du siège (président du tribunal de grande instance ou un magistrat délégué par lui). Le fait que la présence du parquet ne soit pas obligatoire semblait porter atteinte au principe d'individualisation des peines. Cependant, le Conseil constitutionnel estimait que la procédure de CRPC n'entravait en rien ledit principe dans la mesure où elle prévoit justement des mesures plus personnalisées que les procédures ordinaires.

En affirmant la valeur du principe d'individualisation, le Conseil constitutionnel va dans le sens d'une justice pénale centrée sur la personnalité du délinquant, permettant ainsi de lui appliquer des sanctions curatives.

De plus, le principe est aujourd'hui présent à l'article 132-24 du Code pénal, « Les peines peuvent être personnalisées selon les modalités prévues à la présente section ». Parmi ces modalités, on retrouve des éléments subjectifs tenant à l'activité professionnelle, la participation essentielle à la vie de famille, la nécessité de suivre un traitement médical, l'existence d'efforts sérieux de réadaptation sociale. L'article 132-1 ajoute que « Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités de la peine prononcée à l'article 130-1 ». L'examen de la personnalité du délinquant est d'ailleurs « une revendication majeure du mouvement de la Défense sociale nouvelle »⁷⁷⁷. La personnalité de l'auteur de l'infraction, élément subjectif dans la fixation de la peine, va de pair avec des éléments objectifs que sont la protection de la société, la prévention de la commission d'une nouvelle infraction, la restauration de l'équilibre social ainsi que le respect des intérêts de la victime⁷⁷⁸. Désormais, le

⁷⁷⁶ Les Cahiers du Cons. const., Cahier n° 19, Commentaire de la décision 2005-520 du 22 juillet 2005.

⁷⁷⁷ R. GASSIN, *op.cit.*, p. 10.

⁷⁷⁸ Art. 131-1, Code pénal, « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonction : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ».

Code pénal fait de l'individualisation de la peine un principe fondamental⁷⁷⁹. Dans la mesure où l'objectif de personnalisation doit prendre en compte la nécessité ou non pour le condamné de suivre un traitement médical, le prononcé de soins pénalement ordonnés trouve une justification. En effet, le propre d'un traitement médical est d'être adapté à la pathologie du patient et l'individualisation participe à cette adéquation entre l'état de la personne et la sanction.

De façon générale, il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que le principe d'individualisation implique que la peine « ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce, il ne saurait toutefois faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions »⁷⁸⁰. Le législateur a ensuite fait de l'individualisation le cœur d'une réforme⁷⁸¹ avec la loi n° 3014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Prononcer des mesures curatives à l'encontre de la personne condamnée s'inscrit dans cette logique d'individualisation de la peine, entraînant un changement de paradigme.

B. Le changement de paradigme de la peine

250. Le cheminement vers un droit pénal plus humaniste. La peine est un châtiment permettant l'expiation du trouble causé, en éloignant l'auteur de l'infraction de la société. Il n'existait pas à dans l'ancien droit de recours judiciaire aux soins. Cependant, l'humanisation du traitement pénal de l'auteur de l'infraction a fait entrevoir que le recours judiciaire aux soins pourrait justement trouver son utilité. Cependant, il faut être prudent car le soin peut être répressif donc l'humanisation du droit pénal est à relativiser. Le glissement vers un droit pénal qui se veut plus humaniste est la conséquence de l'aveu d'échec du traitement pénal classique (1), qui a pour objectif la prévention de la récidive (2).

⁷⁷⁹ I. DREAN-RIVETTE, *La personnalisation de la peine dans le code pénal*, Paris, L'Harmattan, coll. Traité de sciences criminelles, 2005, p. 61.

⁷⁸⁰ Cons. const. 29 sept. 2010, no 2010-40 QPC, JCP 2010. 1149, n° 47, obs. LEPAGEL et MASTOPOULOU; Dr. pénal 2010. Comm. 122, n° 11, obs. ROBERT ; Gaz. Pal. 2010, n° 336, p. 19, obs. SORDINO. – Cons. const. 17 mars 2011, n° 2011-103 QPC, Constitutions 2011. 377, obs. BARILARI ; LPA n° 160, 2011. 3, obs. PEROTTIN ; RFDC 2011. 627, obs. OLIVA.

⁷⁸¹ M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », AJ pén., octobre 2014, p. 448.

1) L'aveu d'échec du traitement pénal classique

251. Le dépassement des fonctions classiques de la peine. L'auteur d'une infraction pénale est débiteur d'une dette envers la société parce que la sentence pénale a pour but de défendre les intérêts de cette dernière. Il doit expier sa faute. La peine comporte essentiellement deux aspects, un aspect afflictif et un aspect infamant. En effet, « toute peine présente nécessairement un *caractère afflictif* plus ou moins marqué. Elle a pour but immédiat et pour conséquence de procurer au condamné qui subit la souffrance plus ou moins intense selon l'état des mœurs ou la gravité de l'infraction commise [...] Parallèlement, la peine comporte avec plus ou moins d'intensité un *caractère infamant*. Elle reflète, en effet, la réprobation sociale qui s'attache à la conduite du délinquant »⁷⁸².

La dette du condamné, « s'articule autour de la notion de souffrance : la transgression de la loi, le trouble causé à l'ordre public doivent être payés par la souffrance que le condamné doit endurer et qui est censée rétablir l'équilibre antérieur »⁷⁸³. En d'autres termes, la peine n'est que « la rétribution du mal pour le mal »⁷⁸⁴. La notion de rétribution est intimement liée à la peine car elle est l'idée qu'on reçoit quelque chose en fonction de ce que l'on donne⁷⁸⁵. Autrement dit, « le paradigme rétributif – qu'on peut également qualifier de « punitif » ou « répressif » si l'on retient que le versant négatif de la rétribution – se fonde sur une certaine idée de la justice qui veut que l'on considère le mal inhérent au mal au moins symboliquement équivalent à titre de sanction, de la même façon que le bien inhérent à une action appelle un bien correspondant à titre de récompense »⁷⁸⁶. Finalement, « punir c'est toujours rétribuer [...] la rétribution semble bien être le ressort même de la punition »⁷⁸⁷.

Depuis le XIX^{ème} siècle, la prison est « le mode d'exécution de la peine par excellence, la nouvelle « reine des peines » »⁷⁸⁸. En faisant de l'emprisonnement un choix premier de l'exécution de la peine, la justice lui octroie une fonction de neutralisation. « Neutraliser un criminel, c'est le mettre hors d'état de nuire pendant un certain temps pour protéger la société [...] c'est par l'incarcération que l'on rend un délinquant incapable de commettre de nouveaux

⁷⁸² R. MERLE, A. VITU, *op.cit.*, p. 826.

⁷⁸³ T. FERRI, *op.cit.* p. 38.

⁷⁸⁴ A. CHAUVEAU, F. HELIE, *Théorie du code pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Edouard Legrand, 1845, p. 17.

⁷⁸⁵ P. PONCELA, « Eclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 15.

⁷⁸⁶ M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 159.

⁷⁸⁷ P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Archives de philosophie du droit*, t. 26, 1981, pp. 65-69.

⁷⁸⁸ T. FERRI, *ibid.*, p. 5.

délits. Il va sans dire que l'effet neutralisant ne durera que la durée du séjour en prison »⁷⁸⁹. En plus de n'être que temporaire, la neutralisation a un effet criminogène indéniable⁷⁹⁰, ce qui démontre une insuffisance de cette fonction que le recours aux soins pourrait pallier.

Par ailleurs, il semble que la peine d'emprisonnement a une fonction préventive, dissuasive par la promesse à quiconque enfreindrait la loi, subirait une épreuve affligeante⁷⁹¹. Il faut faire la différence entre la dissuasion générale et la dissuasion spéciale de la peine. D'une part, la dissuasion générale vise à intimider tout individu qui souhaiterait commettre une infraction. En effet, « la loi pénale est conçue comme une interdiction assortie de menaces et la peine, comme le moyen de la rendre crédible. Une règle qui n'est pas sanctionnée n'est pas une règle mais simplement un souhait »⁷⁹². Toutefois, la peine a-t-elle vraiment un effet dissuasif sur les délinquants, autrement dit, la peine fait-elle peur ? L'affirmation selon laquelle la peine a un effet dissuasif général est nettement remise en cause dans la mesure où il y a toujours des délinquants qui passent à l'acte, malgré le risque de condamnation⁷⁹³.

D'autre part, la dissuasion spéciale ou intimidation individuelle vise le délinquant déjà condamné, elle a pour but de prévenir la récidive⁷⁹⁴. Cependant, l'aveu d'échec de la politique criminelle classique se lit à travers la récidive car on s'est rendu compte que l'emprisonnement, peine classique ne suffisait pas à prévenir la récidive. Afin de prévenir la récidive, le législateur tente donc de recourir à d'autres sanctions qui sans une fonction dissuasive pourraient « guérir » le délinquant de son envie de commettre une infraction.

Par conséquent, « loin d'être une solution de gestion de la délinquance, [...] la question de savoir si la prison, décidément, n'aggrave pas le phénomène de la délinquance, de la pauvreté et de l'abandon, plutôt qu'il ne le résout, en y laissant pourrir ou mourir des hommes »⁷⁹⁵ se pose. Ayant conscience que les fonctions classiques de la peine ne permettaient pas de se prémunir contre la criminalité, « on a, durant plusieurs décennies, partagé l'idée qu'une autre forme de prévention spéciale, reposant sur le traitement et la réinsertion, pourrait devenir la

⁷⁸⁹ M. CUSSON, *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, coll. Criminologie et droits de l'homme, 1987, p. 125.

⁷⁹⁰ J. CID, « L'emprisonnement est-il criminogène ? », *AJ pén.* 2011, p. 392.

⁷⁹¹ A. LEROY, « Un temps pour condamner, un temps pour laisser souffrir, un temps pour en sortir ? », in *Les sens de la peine*, D. Bernard, K. Ladd (dir.), Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2019, p. 193.

⁷⁹² M. CUSSON, *ibid.*, p. 117.

⁷⁹³ R. MERLE, A. VITU, *op.cit.*, p. 824.

⁷⁹⁴ M. GIACOPELLI, A. PONSEILLE, *Droit de la peine*, Paris, LGDJ, coll. Cours, 2019, p. 26.

⁷⁹⁵ T. FERRI, *op. cit.*, pp. 89-90.

principale finalité de la peine »⁷⁹⁶. Les soins ont ainsi intégré le paysage de la sanction pénale dans le but de prévenir la récidive.

2) L'objectif de prévention de la récidive

252. Le choix d'assurer l'insertion et la réinsertion. En guise de définition, « un sujet est réputé inséré tant qu'il ne commet pas d'infraction pénale ; il est réputé désinséré lorsqu'il a perpétré un acte délictueux ; il est ensuite réputé réinséré du moment qu'il s'installe dans un état de non récidive »⁷⁹⁷. Grâce à l'attachement à l'insertion et à la réinsertion du condamné, la justice pénale n'est plus uniquement tournée vers le passé mais vers l'avenir car elle s'intéresse davantage à la prévention de la récidive. On remarque que « le droit pénal ne se donne plus pour seul objet de sanctionner celui qui a violé la règle, mais cherche à identifier celui qui pourrait le faire à nouveau. Progressivement, se met en place un droit pénal s'appuyant sur un diagnostic clinique »⁷⁹⁸.

La réforme de l'administration pénitentiaire dite réforme Amor de mai 1945 précisait déjà au sein de son article premier que « la peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné ». Egalement, l'article premier de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire disposait qu'il favorisait « la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité publique ». En revanche, en ce qui concerne les dispositions relatives aux sanctions alternatives à l'emprisonnement, il n'est pas fait référence directement à l'objectif de réinsertion.

Néanmoins, il apparaît que l'individualisation de la peine est « une technique juridique qui permet aussi bien de choisir des peines resocialisantes que des peines neutralisatrices ou intimidatrices, voire même rétributives »⁷⁹⁹. On comprend alors que c'est la technique d'individualisation qui permet de prononcer des sanctions aidant à la réinsertion de la personne condamnée. Le 9 octobre 2013, le Garde des sceaux présentait un projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines en conseil des ministres. L'exposé des motifs commençait par rappeler « Le Gouvernement a fait de la prévention de la récidive

⁷⁹⁶ P. LARRIEU, *op.cit.*, p. 111.

⁷⁹⁷ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », RSC 1996, p. 155.

⁷⁹⁸ P. TCHERKESSOF, « Récidive : soigner ou punir ? Introduction à la thématique », in *Incriminer et protéger*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2014, p. 8.

⁷⁹⁹ R. GASSIN, *op.cit.*, p. 155.

une des priorités de sa politique pénale et entend par la présente réforme renforcer la sécurité des français ». Dans la mesure où il fallait s'assurer de cette prévention de la récidive de nouvelles sanctions telles que les soins pénalement ordonnés se sont imposés car perçus comme étant plus adaptés au condamné. L'insertion et la réinsertion de la personne passent par une prise en compte de sa personnalité et de la nécessité ou non qu'il suive un traitement médical.

L'article 130-1 du Code pénal précise également, « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonction : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». On voit que l'objectif de prévenir la récidive, d'éviter la commission de nouvelles infraction est fondamental. Le législateur a donc trouvé un nouveau moyen de remplir les fonctions traditionnelles de la peine en ayant recours aux soins pénalement ordonnés.

253. La prévention de la récidive par l'individualisation. Selon le principe d'individualisation, des éléments subjectifs liés à la personnalité de l'auteur de l'infraction sont pris en considération dans la détermination de la peine. L'examen de la personnalité de l'auteur peut révéler la nécessité d'un traitement médical. Il semble alors que ce soit la personnalité voire l'état de santé du délinquant qui détermine l'application de nouvelles peine, notamment en milieu ouvert. Dans le but de promouvoir l'efficacité de la peine pénale, le législateur a recours à des sanctions hybrides, judiciaires et sanitaires. Cela démontre que les peines classiques ne sont pas suffisantes pour lutter contre toutes les formes de criminalité ni même pour assurer une protection effective de la société. Pour autant, cela veut-il dire que tous les délinquants ont besoin de faire l'objet d'une mesure sanitaire ? Une telle idée reviendrait à considérer les délinquants comme des personnes malades qu'il faut non seulement traiter pénalement mais aussi médicalement.

De surcroît, c'est la protection de la société qui est au cœur des réformes pénales sur la prévention de la récidive. En effet, « plus qu'une simple recherche des causes sociales de la délinquance, c'est finalement la régulation du risque de la délinquance et la protection de la société de ces personnes dangereuses qui inquiètent désormais »⁸⁰⁰.

« Aujourd'hui, élimination, resocialisation, intimidation, rétribution, voire réconciliation, sont autant de fonctions assignées à des degrés divers à la sanction pénale par les courants

⁸⁰⁰ P. TCHERKESSOF, *op.cit.*, p. 7.

doctrinaux. Mais le subtil dosage entre ces fonctions fait de plus en plus appel à la science, notamment médicale, comme savoir, mais peut-être aussi comme recours, face à une délinquance et à des situations de récidive de plus en plus ressenties comme intolérables et signes d'échec. Le soin a intégré la peine, ou la peine est devenue soin »⁸⁰¹, garantissant l'individualisation. Dans le développement du recours judiciaire aux soins, le législateur a fait appel aux soins pour certaines catégories de personnes.

II. Les limites du recours judiciaire aux soins

254. Le renouveau de la sanction pénale. Le droit pénal doit sans cesse s'adapter aux évolutions de la criminalité mais aussi au particularisme que présentent certaines formes de délinquance. Afin de promouvoir ces objectifs, le législateur a pris le soin de diversifier les peines. Il tente d'assurer leur efficacité en fondant ces dernières sur la personnalité du délinquant. La diversification « des sanctions est toujours sous-tendue par ce qui constitue le fil directeur du renouveau de la sanction pénale, à savoir la recherche de l'efficacité et de l'effectivité de la sanction »⁸⁰².

La création de nouvelles peines diversifiées passe parfois par l'intervention du corps médical, faisant apparaître un versant pathologique de la délinquance et de la criminalité. Il existe des limites du recours judiciaire aux soins quant aux personnes (A). Le développement du recours judiciaire aux soins s'est ensuite intensifié avec le traitement particulier des auteurs d'infractions sexuelles (B).

A. Les limites quant aux personnes

255. Les préoccupations initiales de santé publique. En droit pénal, le soin n'intervenait que pour deux catégories de personnes. D'une part, l'état psychiatrique ou psychologique de l'auteur de l'infraction semblait rendre nécessaire l'intervention des professionnels de la santé mentale (1). D'autre part, les conduites addictives pouvant être vectrices des troubles à l'ordre

⁸⁰¹ P. TCHERKESSOF, *op.cit.*, p. 10.

⁸⁰² C. MASCALA, « Rapport de synthèse », in *Le renouveau de la sanction pénale, Evolution ou révolution ?*, S. JACOPIN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 281.

public, les professionnels de santé sont rapidement intervenus pour un traitement singulier des alcooliques et des toxicomanes (2).

1) L'état psychiatrique ou psychologique de l'auteur de l'infraction

256. La sanction des personnes atteintes d'un trouble mental. Initialement appelés « les aliénés », la problématique de la prise en charge des personnes atteintes d'un trouble mental a très rapidement fait l'objet de préoccupations juridiques. L'article 64 du Code pénal de 1810 disposait déjà, « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsque le prévenu aura été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister ». En cas d'état de démence, la qualification de crime ou délit ne pouvait être retenue. La déclaration d'irresponsabilité faisait donc disparaître, juridiquement, l'acte délictueux ou criminel. La notion d'état de démence n'avait pas pour origine des discours d'experts et il fallut attendre que des procès fassent scandales pour prendre en compte précisément la situation de l'aliéné mental car « l'opinion éclairée se trouva partagée entre des médecins qui dénonçaient l'horreur de voir d'infortunés malades, dont la maladie avait été méconnue, mourir sur l'échafaud et des juristes – juges, procureurs, avocats – redouter de voir la justice pénale entièrement confisquée par les experts »⁸⁰³. Au-delà de savoir s'il fallait juger les malades mentaux (question qui amène une réponse négative dans la mesure où le jugement pénal se base sur la responsabilité), une autre interrogation se posait à savoir s'il fallait punir les malades mentaux⁸⁰⁴.

257. Le monopole du pouvoir administratif. Avant la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, dite loi Esquirol, seuls « l'enfermement des « fous » par lettres de cachet puis leur hospitalisation sur décision administrative purement discrétionnaire »⁸⁰⁵ existaient. En son article premier, ladite loi disposait que « chaque département est tenu d'avoir un établissement public, spécialement destiné à recevoir et soigner les aliénés, ou traiter à cet effet, avec un établissement public ou privé, soit de ce département soit d'un autre département ». Cette réforme prévoyait que la décision de placement de l'individu aliéné ne dépendait pas du juge judiciaire si ce dernier avait commis des faits contraires à l'ordre public. En effet, si l'individu

⁸⁰³ G. LANTERI- LAURA, « Pathologie mentale et droit pénal : un regard rétrospectif », in *Faut-il punir les malades mentaux criminels ?*, T. JEAN (dir.), Toulouse, érès, 2009, p. 68.

⁸⁰⁴ H. LECLERC, « Les malades mentaux doivent-ils être jugés par les médecins ? », in *Faut-il punir les malades mentaux criminels ?*, T. Jean (dir.), Toulouse, érès, 2009, p. 141.

⁸⁰⁵ A. COEURET, « 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 », RTD civ. 1990, p. 704.

relevait de l'article 64 de l'ancien Code pénal, il faisait « l'objet, soit d'une ordonnance de non-lieu du juge d'instruction, soit d'un jugement de relaxe ou d'un arrêt d'acquiescement par la juridiction de jugement, lesquels emportent décision de remise en liberté »⁸⁰⁶. Il revenait seulement ensuite au préfet d'ordonner le placement d'office dans la mesure où l'état de la personne était susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou à la sûreté des personnes.

Cette mesure était critiquable car un laps de temps pouvait s'écouler entre la décision du juge judiciaire et la décision d'enfermement du préfet. Egalement, le préfet n'était juridiquement, en aucune façon, tenu de suivre l'avis d'internement du juge judiciaire. Il s'agissait d'une véritable lacune de la loi et d'un manque de collaboration entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif. L'individualisation du sort de la personne aliénée était alors prise en compte par la justice pénale avec l'article 64 du Code mais n'était pas nécessairement effective en fonction des décisions préfectorales.

258. L'extension de la procédure d'internement des personnes déclarées irresponsables pénalement. Désormais, à l'issue d'une procédure pénale, lorsque les autorités judiciaires appliquent l'article 122-1 du Code pénal et décident que l'état de santé de la personne jugée irresponsable nécessite des soins, compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, elles avisent la commission départementale des soins psychiatriques ainsi que le représentant de l'Etat dans le département qui ordonne sans délai la production d'un certificat médical circonstancié et peut prononcer une mesure d'admission en soins psychiatriques⁸⁰⁷, en respectant les conditions prévues à l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique⁸⁰⁸. La décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental peut donc directement influencer la décision d'admission du représentant de l'Etat. Il s'agit ici d'une véritable collaboration entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif contrairement à ce qui était prévu par la loi de 1838.

De surcroît, l'article 706-135 du Code de procédure pénale prévoit que « Sans préjudice de l'application des articles L. 3213-1 et L. 3213-7 du code de la santé publique, lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de

⁸⁰⁶ A. PROTHAIS, « La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal », D. 1990, p. 51.

⁸⁰⁷ Art. L. 3213-7, CSP, Modifié par Loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 – art. 10.

⁸⁰⁸ Dans le même ordre d'idée que ce qui était prévu par la loi du 1838, l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique prévoit que « Le représentant de l'Etat dans le département prononce un arrêté, au vu d'un certificat médical circonstancié ne pouvant émaner d'un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil, l'admission en soins psychiatriques des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public ».

déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner, par décision motivée l'admission en soins psychiatriques de la personne, sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du même code 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 ». Dans ces circonstances, le représentant de l'Etat dans le département ou à Paris le préfet de police est avisé de cette décision mais ce ne sont pas eux qui décident directement l'hospitalisation contrairement à ce qui est prévu à l'article L. 3213-7 du Code de la santé publique. Le législateur donne donc aujourd'hui la possibilité au juge pénal de prononcer un internement à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale indépendamment du pouvoir administratif.

Le régime de l'hospitalisation des malades mentaux met en lumière deux intérêts, la santé et la sécurité, d'autant lorsque ces derniers commettent des faits répréhensibles mais sont déclarés irresponsables pénalement. Même s'il y a toujours une fonction éliminatrice de la justice pénale à travers la figure du « fou » confié à l'hôpital psychiatrique⁸⁰⁹, il n'en demeure pas moins que le traitement initial des personnes atteintes d'un trouble mental était estimé comme individualisé. En effet, l'idée sous-jacente était de prendre en considération l'état de santé de cette catégorie de délinquants afin de leur octroyer un suivi médical personnalisé.

2) Le traitement singulier des alcooliques et des toxicomanes

259. La création de l'injonction thérapeutique. Les possibilités offertes au juge de prescrire des soins à l'encontre d'une personne sous-main de justice étaient « destinées à remonter aux sources de son comportement délictueux »⁸¹⁰, elles n'existaient que dans deux cas. Il s'agissait du traitement du délinquant alcoolique ou toxicomane. Dès 1873, avec la loi Roussel du 23 janvier 1873 tendant à réprimer l'ivresse publique et à combattre les progrès de l'alcoolisme, le traitement de l'alcoolisme est apparu comme une préoccupation majeure de santé publique. Cette loi prévoyait l'interpellation des individus en état d'ébriété sur la voie publique et leur placement en cellule de dégrisement.

⁸⁰⁹ D. SALAS, « Pourquoi punir ? », in *Faut-il punir les malades mentaux criminels ?*, T. JEAN (dir.), Toulouse, érès, 2009, p. 20.

⁸¹⁰ P. SALVAGE, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Rev. Dr. pén.*, février 2010, p. 5.

La nette avancée dans le traitement de l'alcoolisme est apparue avec la loi n° 54-439 du 15 avril 1954 dite « Landry Cordonnier » sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui, inspirée des idées de la Défense sociale et instituant une obligation de soin. Cette dernière permettait de sanctionner un individu signalé comme alcoolique dangereux alors même que celui-ci n'avait pas commis d'infraction pénale. L'idée était que « l'intérêt général sanitaire justifie alors une atteinte au principe du consentement au soin et à la liberté de chacun »⁸¹¹. L'ancien article L. 355-2 du Code de la santé publique prévoyait ainsi des mesures de traitement coercitif⁸¹². En effet, si le maintien en liberté de l'alcoolique dangereux ne semblait pas possible, son internement était donc envisagé. En vertu de l'ancien article L. 355-3, il revenait à une commission médicale composée d'un psychiatre sur ses trois membres de saisir le procureur de la République pour qu'il cite la personne devant le Tribunal de grande instance. Le Tribunal déterminait, après appréciation de l'état dangereux de l'alcoolique si l'internement en établissement de soins était nécessaire ou non. Ces dispositions législatives témoignent de l'influence directe de la Défense sociale nouvelle car elles prennent en compte l'état dangereux prédélictuel de la personne⁸¹³. Pour autant, aucune définition n'était donnée pour savoir ce qu'il fallait exactement entendre par « état alcoolique dangereux », ce qui démontre un manque de clarté significatif de la loi. L'ordonnance n° 2000-548 du 15 juillet 2000 relative à la partie Législative du code de la santé publique, abroge les dispositions de la loi de 1954 en supprimant les mesures relatives aux alcooliques dangereux.

Plus tard, la loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses ajoutait des dispositions concernant le traitement des toxicomanes. L'injonction thérapeutique est visée dans le Code de la santé publique « dans le cadre d'un titre consacré à la prise en charge sanitaire des toxicomanes »⁸¹⁴.

Ces dispositions donnent la possibilité de prononcer à l'encontre de l'auteur d'une infraction agissant sous l'emprise d'alcool ou de drogue, une cure de désintoxication. Il s'agissait de soigner, stopper, prévenir et éviter les conduites addictives problématiques. Les injonctions thérapeutiques sont prononcées à l'encontre du délinquant car on considère que son addiction

⁸¹¹ B. PY, « Le Code de la santé publique dans le temps et l'espace », in *Droit, histoire et société, Mélanges Dugas de la Boissonny*, V. LEMONNIER-LESAGE, F. LORMANT (dir.), Nancy, PUN, 2008, p. 169.

⁸¹² G. LEVASSEUR, « L'influence de Marc Ancel sur la législation française contemporaine », RSC 1991, p. 9.

⁸¹³ R. GASSIN, *op.cit.*, p. 9.

⁸¹⁴ P. MISTRETTA, « Ne pas confondre injonction thérapeutique et thérapie suivie par un psychiatre », RSC 2016, p. 349.

est dangereuse pour autrui ou pour lui-même⁸¹⁵. Ces injonctions thérapeutiques sont conçues comme des alternatives aux poursuites pénales⁸¹⁶.

C'est avec la loi du 31 décembre 1970 que le législateur a permis au procureur de la République d'enjoindre « aux personnes ayant fait un usage illicite de stupéfiants de subir une cure de désintoxication ou de se placer sous surveillance médicale [...], l'action publique n'(étant) exercée à l'égard de ces personnes qui se conforment au traitement médical qui leur est prescrit et le suivent jusqu'à son terme »⁸¹⁷. L'injonction thérapeutique fait intervenir un médecin relai qui détermine si une prise en charge médicale est nécessaire pour la personne mise en cause et il fait part de ses conclusions à l'autorité répressive. Le champ d'application de l'injonction thérapeutique est alors étendu à toutes les personnes ayant une consommation habituelle et excessive d'alcool. En mettant en place une prise en charge sanitaire des alcooliques et toxicomanes, le législateur s'est évertué à prendre en considération la personnalité de l'auteur de l'infraction et plus précisément ses addictions pathologiques. Cela participe à une individualisation de la peine, car afin d'éviter que les addictions constituent des risques persistants pour l'ordre public, elles sont prises en charge, on tente de les soigner afin d'éviter la récurrence. En effet, dans la mesure où on estimait que certaines conduites addictives pouvaient être à l'origine d'une infraction pénale, les laisser sans traitement curatif ne suffisait pas à prévenir la récurrence. En s'intéressant à l'élément déclencheur du passage à l'acte infractionnel, le législateur œuvre à l'enrayer pour l'avenir, en s'attardant au fond du problème.

Le législateur ne s'est pas arrêté au traitement des malades mentaux, des alcooliques et des toxicomanes car il s'est aussi intéressé de près aux auteurs d'infractions sexuelles.

B. Le traitement particulier des auteurs d'infractions sexuelles

260. La crainte inspirée par les auteurs d'infractions sexuelles. La médicalisation de la peine s'est étendue à d'autres auteurs d'infractions dès lors que « les mesures de la peur du crime sont parallèles à celles des politiques de sur-répression pénale en direction notamment des auteurs de crimes sexuels »⁸¹⁸. Représentant pour l'opinion publique le visage du mal du

⁸¹⁵ Arts. L. 3413-1 à L. 3413-45, CSP.

⁸¹⁶ X. LAMEYRE, « Les soins pénalement ordonnés, une pratique limite », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, Vol. 162, Octobre 2004, p. 658.

⁸¹⁷ Art. L. 3423-1, CSP.

⁸¹⁸ J-L SENON, C. MANZANERA, « Psychiatrie et justice pénale : à la difficile recherche d'un équilibre entre soigner et punir », *AJ pén.* 2005, p. 354.

XXIème siècle, l'auteur d'infraction à caractère sexuel n'a pas échappé à une prise en charge médicale, prononcée par l'autorité judiciaire. En effet, « sensibles au regard médiatique porté sur ces criminels devenus « nouveaux monstres » de notre époque, les pouvoirs publics et les autorités judiciaires ont répondu aux plaintes de plus en plus nombreuses des victimes par un accroissement sans précédent de la répression de la criminalité sexuelle, contribuant ainsi à la pénalisation accrue de notre société »⁸¹⁹.

Le droit pénal est plus soucieux des préoccupations des victimes. Il s'agit d'un véritable régime pénal spécial constitué de dispositions particulières concernant les auteurs d'infractions sexuelles⁸²⁰. Ce régime pénal spécial passe par la création du suivi socio-judiciaire (1) et la particularité de la prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles (2).

1) La création du suivi socio judiciaire

261. L'identification des troubles sexuels. Parmi les troubles des conduites sexuelles, on retrouve les paraphilies, présentes et définies dans le DSM-IV-TR⁸²¹ et les compulsions sexuelles⁸²². Les paraphilies majeures sont l'exhibitionnisme⁸²³, le voyeurisme⁸²⁴, le fétichisme⁸²⁵, la pédophilie⁸²⁶, le sadisme⁸²⁷, le masochisme⁸²⁸, le frotteurisme⁸²⁹, le transvestisme fétichisme⁸³⁰ et des paraphilies non spécifiques⁸³¹. Ensuite, lorsqu'on parle de

⁸¹⁹ X. LAMEYRE, « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », RSC 2002, p. 547.

⁸²⁰ X. LAMEYRE, « Des infractions sexuelles. Les mots du droit pénal français pour dire ces maux », in *Psychopathologie et traitements actuels des auteurs d'agression sexuelle*, Paris, éd. John Libbey, Fédération française de psychiatrie, 2001, p. 33-48.

⁸²¹ Le DSM (Diagnostic and statistical manual of mental disorders) est le manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux. Il a pour vocation d'établir des définitions des différents troubles mentaux reconnus par la psychiatrie, en évitant au mieux la subjectivité. Il permet par là une homogénéisation des diagnostics et un dialogue plus aisé entre praticiens et chercheurs.

⁸²² A. BARATTA, H. JAVELOT, A. MORALI, O. HALLEGUEN, L. WEINER, « Place des antidépresseurs dans le traitement des auteurs d'infractions sexuelles », *Sexologie*, vol. 21, juillet-septembre 2012, p. 138.

⁸²³ L'exhibitionnisme correspond au fait d'obtenir du plaisir sexuel notamment en exposant des organes génitaux ou en l'affichant lors d'une relation sexuelle dans des lieux publics.

⁸²⁴ Le voyeurisme correspond au plaisir obtenu en observant d'autres personnes, à leur insu dans un lieu privé.

⁸²⁵ Le fétichisme correspond à la nécessité d'utiliser des objets non-sexuels ou des parties du corps afin d'en obtenir une excitation sexuelle.

⁸²⁶ La pédophilie correspond à une attirance sexuelle pour les enfants prépubères ou pépubères.

⁸²⁷ Le sadisme correspond au plaisir sexuel obtenu en infligeant de la douleur ou des humiliations.

⁸²⁸ Le masochisme correspond au plaisir sexuel obtenu en subissant de la douleur ou des humiliations.

⁸²⁹ Le frotteurisme correspond au plaisir sexuel obtenu par frottements contre des personnes qui ne sont pas consentantes.

⁸³⁰ Le transvestisme fétichisme correspond à une attraction pour les vêtements du sexe opposés.

⁸³¹ Diverses paraphilies sont regroupées dans cette catégorie. On retrouve notamment la nécrophilie ou la scatologie.

compulsions sexuelles, cela sous-entend une addiction sexuelle, un comportement sexuel compulsif ou des troubles apparentés aux paraphilies. Les compulsions sexuelles vont avoir pour conséquence une détresse sociale et des activités sexuelles excessives⁸³². Toutefois, tous les troubles des conduites sexuelles ne constituent pas nécessairement des infractions pénales. En effet, les infractions sexuelles sont « des comportements définis et prohibés par une société en raison des dommages qu'elles causent à l'ordre public. Ce qui constitue une infraction varie selon les époques et les lieux et dépend de l'adoption ou de l'abrogation de normes législatives »⁸³³.

262. La création d'une « peine pas comme les autres »⁸³⁴. Afin d'apporter une réponse radicale à ces infractions, le législateur a instauré une sanction totale qui est le suivi socio-judiciaire⁸³⁵. Qualifiée de peine « pas comme les autres »⁸³⁶, il « est le résultat d'une double réflexion juridique et thérapeutique »⁸³⁷. Sa création est une parfaite illustration de l'influence des sciences médicales sur le droit pénal. En effet, le traitement thérapeutique des auteurs d'infractions sexuelles a pour origine une « réflexion de longue haleine impulsée notamment par les travaux d'un groupe de psychiatres agissant en milieu pénitentiaire, fédérés autour du Dr. Balier, médecin psychiatre d'obédience psychanalytique et véritable précurseur d'une prise en charge spécifique auprès de ces auteurs »⁸³⁸. « Le polymorphisme pénologique »⁸³⁹ de cette peine montre que les délinquants sexuels font l'objet d'un traitement particulier car « la double mission du droit pénal, répression et prévention, revêt dans ce cadre une acuité certaine »⁸⁴⁰.

Le suivi socio-judiciaire peut être prononcé à titre de peine principale pour les délits⁸⁴¹ ou à titre de peine complémentaire à un emprisonnement. Dans ce second cas, la peine d'emprisonnement est assortie d'obligations particulières parmi lesquelles on retrouve des injonctions de soins⁸⁴². En matière correctionnelle, la durée du suivi socio-judiciaire ne peut excéder dix ans sauf sur décision spécialement motivée de la juridiction de jugement, la durée

⁸³² A. BARATTA, H. JAVELOT, A. MORALI, O. HALLEGUEN, L. WEINER, *ibid.*, p. 139.

⁸³³ D. GRUBIN, « L'utilisation de médicaments pour traiter de la délinquance sexuelle », *AJ pén.* 2012, p. 622.

⁸³⁴ P. COUV RAT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC* 1999, p. 376.

⁸³⁵ Loi 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 ; Arts. 131-36-1 à 131-36-13, Code pénal.

⁸³⁶ P. COUV RAT, *ibid.*, p. 376.

⁸³⁷ J. ALVAREZ, « Vers une « nouvelle pénologie » en matière d'infractions sexuelles ? », in *Le renouveau de la sanction pénale, Evolution ou révolution ?*, S. JACOPIN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 225.

⁸³⁸ J. ALVAREZ, *op. cit.*, p. 226.

⁸³⁹ X. LAMEYRE, *op.cit.*, p. 547.

⁸⁴⁰ J. CASTAIGNEDE, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999, p. 23.

⁸⁴¹ Art. 131-36-7, Code pénal, « En matière correctionnelle le suivi socio-judiciaire peut être ordonné comme peine principale ».

⁸⁴² Art. 132-45, Code pénal.

peut être portée à vingt ans. En matière criminelle, la durée du suivi socio-judiciaire est de vingt ans et peut être élevée à trente ans lorsque le crime est puni de trente ans de réclusion criminelle⁸⁴³. En cas de suivi socio-judiciaire accompagnant une peine privative de liberté non assortie du sursis, le condamné a la possibilité de commencer son injonction de soins pendant le déroulé de sa peine⁸⁴⁴.

En outre, en plus des obligations imposées pour le suivi socio-judiciaire, et en vertu de l'article 131-36-4 du Code pénal, la juridiction peut prononcer à l'encontre de la personne une injonction de soins, si une expertise médicale établit qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement. La mise en œuvre de cette injonction de soins consiste à faire appel à un psychiatre ou un médecin ayant suivi une formation appropriée dans le but que le condamné suive un traitement, que ce soit au cours de l'exécution de la peine privative de liberté ou au terme de la surveillance judiciaire⁸⁴⁵.

Plus précisément, « cette injonction s'accompagne de tout un processus médical impliquant notamment, outre l'expertise initiale, la nomination de deux médecins : un médecin traitant suivant le condamné et un médecin coordonnateur chargé de conseiller éventuellement le premier et de transmettre au juge de l'application des peines – maître d'œuvre du suivi dans ses différents aspects – tous les éléments nécessaires de nature à l'éclairer sur l'évolution de la maladie et les progrès du traitement »⁸⁴⁶. C'est le Code de la santé publique qui fixe les modalités de déroulement de cette injonction en ses articles L. 3711-1 à L. 3711-5, et par là, le rôle précis du médecin coordonnateur⁸⁴⁷. Un livre entier de ce Code est d'ailleurs consacré à la mise en œuvre de l'injonction de soins. En effet, le livre VII s'intitule « Prévention de la

⁸⁴³ Art. 131-36-1, al. 2, Code pénal.

⁸⁴⁴ Art. 131-36-4, al. 2, Code pénal.

⁸⁴⁵ Art. L. 3711-1, CSP.

⁸⁴⁶ P. SALVAGE, *op.cit.*, p. 6.

⁸⁴⁷ Art. L. 3711-1, CSP, aux termes de cet article, le rôle du médecin coordonnateur est « 1° D'inviter le condamné, au vu des expertises réalisées au cours de la procédure ainsi que, le cas échéant, au cours de l'exécution de la peine privative de liberté, à choisir un médecin traitant. En cas de désaccord persistant sur le choix effectué, le médecin est désigné par le juge de l'application des peines, après avis du médecin coordonnateur ; 2° De conseiller le médecin traitant si celui-ci en fait la demande ; 3° De transmettre au juge de l'application des peines ou à l'agent de probation les éléments nécessaires au contrôle de l'injonction de soins ; 4° D'informer, en liaison avec le médecin traitant, le condamné dont le suivi socio judiciaire, le sursis avec mise à l'épreuve ou la surveillance judiciaire est arrivé à son terme, ou le condamné qui a bénéficié d'une libération conditionnelle, de la possibilité de poursuivre son traitement en l'absence de contrôle de l'autorité judiciaire et de lui indiquer les modalités et la durée qu'il estime nécessaires et raisonnables à raison notamment de l'évolution des soins en cours ; De coopérer à la réalisation d'évaluations périodiques du dispositif de l'injonction de soins ainsi qu'à des actions de formation et d'étude ».

délinquance sexuelle, injonction de soins et suivi socio-judiciaire ». La complexité de cette peine met nettement en lumière une réelle collaboration entre la sanction pénale et le soin.

Néanmoins, la France opère un traitement ambivalent des auteurs d'infractions sexuelles. En effet, même si d'un côté le législateur tend à promouvoir la prise en charge médicale de ces auteurs, d'un autre côté la France est le pays européen réprimant le plus durement les infractions sexuelles, notamment en ayant recours à l'emprisonnement massif⁸⁴⁸.

La prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles est donc paradoxale mais semble allier les objectifs de traitement répressif et de traitement curatif. Même si on a un emprisonnement massif de ces auteurs, il n'en demeure pas moins que le législateur s'évertue à promouvoir leur prise en charge thérapeutique. Se faisant, le délinquant sexuel est appréhendé comme un individu malade pour qui, la sanction classique n'est pas suffisante. Toutefois, le soin n'apparaît pas comme l'unique solution pour prévenir la récurrence de ces auteurs donc le recours à l'enfermement est quand même préconisé. Cependant, il y a quelque chose d'illogique à traiter une personne malade comme un monstre prédateur qu'il faut garder enfermé. Il semble qu'en agissant de la sorte, le législateur tende à répondre aux craintes du plus grand nombre, car il pourrait être inacceptable pour la société que les délinquants sexuels ne se voient plus appliquer l'emprisonnement. La politique criminelle oscille alors entre répression et soins afin de répondre à la fois aux attentes sociétales et aux considérations humanistes.

2) La prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles

263. Les justifications à l'instauration d'une prise en charge médicamenteuse. Les pulsions sexuelles peuvent entraîner la commission d'actes illégaux tant il est difficile de changer des préférences sexuelles établies⁸⁴⁹. Dès les années 1920-1930, le Docteur Vervaeck « avait pensé que la délinquance provenait d'un dérèglement du fonctionnement des glandes endocrines⁸⁵⁰ et qu'en modifiant ce fonctionnement on améliorerait le tempérament des délinquants »⁸⁵¹. Des traitements médicaux avaient donc déjà été appliqués aux glandes endocrines mais ils ne donnèrent pas de résultats satisfaisants. Divers types de traitements des

⁸⁴⁸ X. LAMEYRE, *op. cit.*, p. 547.

⁸⁴⁹ D. GRUBIN, *op. cit.*, p. 622.

⁸⁵⁰ Les glandes endocrines secrètent les hormones dans la circulation sanguine. Les glandes majeures du système endocrinien sont l'hypothalamus, l'hypophyse, la thyroïde, les glandes parathyroïdes, les cellules des îlots pancréatiques, les glandes surrénales, les testicules chez les hommes et chez la femme, les ovaires.

⁸⁵¹ P. BOUZAT, « Traitements nouveaux de la délinquance sexuelle », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL*, t. II, Paris, A. Pedone, 1975, p. 89.

auteurs d'infractions sexuelles ont par la suite étaient tentés. Notamment, en 1971, le neurochirurgien allemand, R.D Roeder eu recours à un traitement ne faisant pas l'unanimité, celui de la délicate intervention d'hypothalamotomie à savoir « la suppression par électrocoagulation⁸⁵² de la région ventro-médiane de l'hypothalamus, centre cérébral de la régulation hormonale »⁸⁵³. Plus tard, dans les années 1970, l'administration d'un traitement antihormonal apparaissait comme une découverte révolutionnaire dans la prise en charge des délinquants sexuels.

Au-delà d'une prise en charge psychologique, via des thérapies comportementales et cognitives ou psychanalytiques, il est apparu que la nature biologique des pulsions sexuelles des auteurs d'infractions sexuelles pouvait faire l'objet d'une prise en charge médicamenteuse. Ces traitements mettent à disposition du droit pénal de nouveaux outils afin d'appréhender les délinquants sexuels. Cette prise en charge médicamenteuse doit nécessairement s'accompagner d'une psychothérapie. Le but d'une telle prise en charge est de réduire la libido du délinquant avec ce qui est « improprement appelé « la castration chimique » »⁸⁵⁴. Divers hormones et neurotransmetteurs sont à l'origine des pulsions sexuelles, on retrouve la testostérone, la dopamine et la sérotonine. Ces possibilités mettent à disposition du droit pénal de nouveaux outils pour appréhender le traitement des délinquants sexuels. Afin de contrebalancer les effets de ces derniers, différents traitements sont possibles.

264. L'existence de différents traitements à destination des auteurs d'infractions sexuelles. En premier lieu, on a les traitements anti-androgènes, traitements hormonaux, autrement appelés médicaments inhibiteurs de libido et vulgairement qualifiés de castration chimique. Pour ces traitements, des études sur des délinquants sexuels ont démontré de façon constante la réduction significative de l'intérêt sexuel, des pensées, pulsions et comportements sexuels. Toutefois, ces médicaments peuvent avoir différents effets secondaires comme une croissance mammaire, un risque de problèmes cardiaques, des bouffées de chaleur ou encore de l'ostéoporose⁸⁵⁵. Ces traitements présentent « l'avantage d'une réversibilité des modifications hormonales à l'arrêt du traitement »⁸⁵⁶, avantage qui peut constituer également

⁸⁵² Il s'agit d'une technique médicale consistant à coaguler des tissus vivants en appliquant un courant électrique par le biais d'une aiguille.

⁸⁵³ P. BOUZAT, « Traitements nouveaux de la délinquance sexuelle », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II*, Paris, A. Pedone, 1975, p. 90.

⁸⁵⁴ S. AROUDJ, A. BARATTA, « Paraphilie, castration chimique et neuropathie optique : à propos d'un cas clinique », *Annales Médico-psychologiques, Revue psychiatrique*, vol. 170, octobre 2012, p. 579.

⁸⁵⁵ D. GRUBIN, *op.cit.*, p. 622.

⁸⁵⁶ HAS, Recommandations relatives à la prise en charge des auteurs d'agression sexuelle à l'encontre des mineurs de moins de 15 ans, juillet 2009, p. 18.

un inconvénient pour l'autorité judiciaire si à la fin de la mesure l'individu arrête le traitement et retrouve ses pulsions sexuelles. Le risque de récurrence s'avérerait alors plus important.

En second lieu, on retrouve les traitements inhibiteurs sélectifs de la recapture de la sérotonine (SSRI), traitements psychotropes. Ces derniers pouvant être composés de différentes molécules, la fluoxétine, la fluvoxamine ou la sertraline, sont utilisés généralement dans le traitement de la dépression et des troubles obsessionnels et impulsifs. Ils sont prescrits pour les personnes « qui manifestent des ruminations sexuelles, des fantasmes intrusifs et chez lesquelles le problème essentiel est le caractère impulsif des comportements sexuels ou bien encore lorsque à ces problèmes de comportements sexuels problématiques est associée une humeur basse »⁸⁵⁷. Des études ont mis en évidence une diminution des fantasmes sexuelles déviantes, une réduction des pensées sexuelles, autrement dit, une diminution du trouble sexuel sans pour autant le faire disparaître complètement⁸⁵⁸. Finalement, il s'agit d'une efficacité au moins partielle des antidépresseurs dans le traitement des auteurs d'infractions sexuelles.

Le traitement des délinquants sexuels montre ses limites car une prise en charge médicamenteuse n'est pas suffisante parce qu'elle doit être conjuguée avec des méthodes cognitives et comportementales, du modèle Risque/Besoins/Réceptivité (RBR), qui ne sont pas mises en œuvre systématiquement⁸⁵⁹. En effet, il est démontré que l'approche RBR était efficace sur la récurrence des femmes, des auteurs de violences, des jeunes et des auteurs d'infractions à caractère sexuel car elle « aligne l'intensité du traitement sur le niveau de risque de la personne, vise de manière explicite des besoins criminogènes, recourt aux méthodes d'apprentissage social, cognitif et comportemental, est souple et peut répondre aux caractéristiques propres de l'intéressé »⁸⁶⁰.

Les traitements inhibiteurs de libido présentent de nombreux effets secondaires, pouvant être potentiellement dangereux pour la santé. En effet, parmi les différents effets indésirables, on retrouve des effets métaboliques comme l'hypercholestérolémie ou l'hypertension artérielle, des troubles osseux (ostéoporose), des effets psychiatriques type dépression, l'irritabilité ou l'insomnie, des troubles vasculaires (thrombose), des effets dermatologiques (sécheresse, perte de pilosité) ; mais aussi des migraines, des sudations nocturnes et d'autres encore⁸⁶¹. En ce sens,

⁸⁵⁷ D. GRUBIN, *op. cit.*, p. 622.

⁸⁵⁸ A. BARATTA, H. JAVÉLOT, A. MORALI, O. HALLEGUEN, L. WEINER, *op. cit.*, p. 140.

⁸⁵⁹ P. M-YATES, « Les insuffisances du traitement des délinquants sexuels », *AJ pén.* 2017, p. 272.

⁸⁶⁰ P. M-YATES, *ibid.*, p. 272.

⁸⁶¹ S. AROUDJ, A. BARATTA, *op.cit.*, p. 580.

la nécessité de préservation de l'ordre public efface la préservation de la santé du délinquant sexuel.

Le régime pénal spécial appliqué aux auteurs d'infractions sexuelles est une parfaite illustration d'une médicalisation dans le prononcé de la peine car la peine classique ne suffisant pas, on lui adjoint le soin. Cependant, le droit pénal ne s'est pas arrêté au traitement des alcooliques, des toxicomanes, des irresponsables pénaux et des délinquants sexuels, mais a généralisé le recours judiciaire aux soins.

Section 2 : La généralisation du recours judiciaire aux soins

265. L'existence d'une inflation législative en matière de recours judiciaire aux soins.

Le recours judiciaire aux soins connaît une inflation législative. En effet, le mouvement législatif s'est amplifié avec de nombreux textes qui multiplient l'appel judiciaire aux soins⁸⁶². Différentes lois ont été adoptées, mettant les soins pénalement ordonnés à l'honneur. Notamment la loi n° 54-439 du 15 avril 1954 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui, la loi n°70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses, la loi 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. De plus, la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs. Mais encore, la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale. Par ailleurs, les lois n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des

⁸⁶² M. G. SCHWEITZER, N. PUIG-VERGES, *op. cit.*, p. 574.

personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, n° 2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi du 5 juillet 2011. Et enfin, la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

266. Les dangers de cette inflation législative. Cette liste de lois démontre une inflation législative en ce qui concerne le recours judiciaire aux soins. Néanmoins, le phénomène d'inflation législative a pour conséquence une obscurité de la loi pénale avec un enchevêtrement de nombreuses dispositions. La loi pénale se complexifie et est moins lisible. En effet, trop d'articles existent en matière de soins pénalement ordonnés, rendant la procédure pénale difficilement accessible, ce qui peut être source d'insécurité juridique pour le justiciable. Il existe une réelle volonté du législateur d'appliquer le soin à de nombreuses situations, comme si le soin était le remède aux maux de la société. Le soin apparaît désormais comme un véritable partenaire de la peine car il fait partie intégrante du système répressif. Le traitement du délinquant n'est plus simplement judiciaire.

L'idée d'une généralisation du recours aux soins se justifie au regard de la multiplication du recours aux soins comme alternative à l'enfermement (I) mais aussi comme modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement (II).

I. La multiplication du recours aux soins comme alternative à l'enfermement

267. L'application du principe de subsidiarité. « Le principe d'individualisation trouve son corollaire dans l'affirmation de la subsidiarité de l'emprisonnement que portait en germes l'alinéa 2 de l'article 132-19 du code pénal détrôné par l'alinéa 3 de l'article 132-34 du même code »⁸⁶³. Dans un contexte de surpopulation carcérale, la place centrale de l'emprisonnement est nettement remise en cause. Le législateur a œuvré à créer des sanctions pénales en milieu libre, espérant toujours promouvoir le principe d'individualisation, cherchant ainsi « la sublimation de l'individualisation »⁸⁶⁴. Autrement dit, chaque fois que l'emprisonnement peut être évité, le juge devra préférer une sanction en milieu ouvert.

Les soins pénalement ordonnés deviennent un moyen de négocier la liberté de la personne condamnée. Le droit pénal connaît depuis quelques années une extension du domaine des soins

⁸⁶³ M. GIACOPELLI, *op. cit.*, p. 449.

⁸⁶⁴ J. PRADEL, « Un législateur bien imprudent. A propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », JCP 2014, 952.

pénalement ordonnés (A), laissant entrevoir une collaboration imparfaite entre justice et santé (B).

A. L'extension du domaine des soins pénalement ordonnés

268. Le souhait de sortir de la culture de l'enfermement. La prison a longtemps été la peine par excellence en droit pénal. Néanmoins, depuis quelques années, le législateur entend sortir de cette culture de l'enfermement en faisant la promotion des mesures alternatives à l'emprisonnement. Même si cette culture est peu à peu abandonnée, il n'en demeure pas moins qu'il y a une hausse de la surveillance des personnes. En effet, « il s'agit, dans la continuité d'une politique pénale initiée depuis la fin des années 1990, d'un milieu ouvert qui n'est pas l'équivalent de milieu libre. Les contrôles, obligations et interdictions sont toujours plus nombreux et créent une sorte de prison hors les murs où le condamné évolue sous surveillance, potentiellement à perpétuité, pour le bien de tous, y compris le sien »⁸⁶⁵. Le législateur a étendu le suivi socio-judiciaire à d'autres personnes que les auteurs d'infractions sexuelles (1), et dans la dynamique de généralisation du recours judiciaire aux soins, une extension des soins pénalement ordonnés indépendamment du suivi socio-judiciaire émerge (2).

1) **L'extension du suivi socio-judiciaire**

269. Le basculement d'un critère personnel à un critère réel. Initialement le suivi socio-judiciaire n'était prévu que pour les auteurs d'infractions à caractère sexuel. La loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant dispositions de procédure pénale apportait d'ailleurs des précisions quant aux infractions à caractère sexuel auxquelles doit s'appliquer le suivi socio-judiciaire avec injonction de soins⁸⁶⁶. En effet, l'article 706-47-1 du Code de procédure pénale, énonce désormais que toutes les personnes condamnées à l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 pourront se voir appliquer une injonction de soins. Ces dernières sont relatives aux infractions de nature sexuelle et à la protection des mineurs. La singularité des délinquants sexuels laissait entrevoir la nécessité de leur appliquer une sanction judiciaire mais aussi médicale. Le législateur faisait alors de ces

⁸⁶⁵ P. PONCELLA, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2008 », RSC 2014, p. 611.

⁸⁶⁶ A-G ROBERT, « Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », RSC 2010, p. 929.

auteurs une catégorie de délinquants à part entière. Toutefois, le domaine du suivi socio-judiciaire avec injonction de soins a largement été étendu au cours des dernières années. Désormais, la liste des condamnés pouvant faire l'objet d'une injonction de soins par le biais du suivi socio-judiciaire ne s'attache plus à la personne de l'auteur de l'infraction mais à la gravité de l'infraction elle-même⁸⁶⁷.

Idéalement, dans un souci de promouvoir les alternatives à l'emprisonnement, le suivi socio-judiciaire doit s'appliquer à une personne qui n'est pas écrouée, car il impose des mesures qui se déroulent à l'extérieur. Néanmoins, et c'est là toute la particularité du suivi socio-judiciaire, il a fallu l'aménager car il peut aussi être prononcé en même temps qu'une peine privative de liberté. En effet, le suivi socio-judiciaire peut être prononcé à titre de peine principale en matière correctionnelle et ainsi constituer une alternative à l'emprisonnement⁸⁶⁸, mais il peut aussi accompagner une peine privative de liberté pour un délit ou un crime⁸⁶⁹. Parfois, les obligations découlant du suivi socio-judiciaire commencent à la sortie de prison⁸⁷⁰, mais le juge peut décider qu'elles s'appliqueront pendant la peine d'emprisonnement⁸⁷¹. Dans tous les cas, il revient au juge de l'application des peines de s'assurer de l'accomplissement des obligations imposées⁸⁷².

Pour commencer, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite loi Perben II, n'avait que très peu étendu le champ d'application du suivi socio-judiciaire. Elle modifiait l'article 706-47 du Code de procédure pénale en prévoyant qu'il était applicable au recours à la prostitution des mineurs, tel que défini à l'article 225-12-1 du Code pénal.

Ensuite, la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales a étendu « le domaine du suivi socio-judiciaire à des infractions ne présentant pas de caractère sexuel, mais qui, par leur gravité, suscitent des réactions de défense sociale : nos contemporains sont bien conscients que, souvent, la punition ne suffit pas à amender un individu »⁸⁷³. Désormais, les infractions d'atteintes volontaires à la vie se voient

⁸⁶⁷ M. HERZOG-EVANS, « La loi relative à la prévention de la délinquance et l'exécution des peines », D. 2007, p. 2174.

⁸⁶⁸ Art. 131-36-7, Code pénal.

⁸⁶⁹ Art. 131-36-5, Code pénal.

⁸⁷⁰ Art. 763-4, Code de proc. pén.

⁸⁷¹ Art. 763-7, Code de proc. pén.

⁸⁷² Art. 763-2, Code de proc. pén.

⁸⁷³ M. HERZOG-EVANS, « Suivi socio-judiciaire », D. action Droit de l'exécution des peines, Chap. 428, n° 428-43, 2016.

appliquer le suivi socio-judiciaire⁸⁷⁴. On retrouve, parmi les infractions très graves auxquelles le suivi socio judiciaire s'applique, le crime de disparition forcée⁸⁷⁵, les infractions d'enlèvement et de séquestration⁸⁷⁶, celles de la réduction en esclavage et de l'exploitation des personnes réduites en esclavages⁸⁷⁷, mais aussi à l'encontre des individus coupables de destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour autrui⁸⁷⁸.

De plus, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance étend le champ d'application du suivi socio judiciaire aux infractions de violences aggravées à savoir, les violences ayant entraîné une ITT de plus de huit jours⁸⁷⁹, les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité⁸⁸⁰, celles n'ayant entraîné aucune incapacité qu'elles soient occasionnelles⁸⁸¹ ou habituelles⁸⁸².

De surcroît, la loi n° 2007-297 du 10 août 2007 relative à la prévention de la délinquance va encore plus loin en étendant le domaine de l'injonction de soins dans le cadre du suivi socio-judiciaire et en la rendant obligatoire, sauf décision contraire de la juridiction, dès lors que la personne est condamnée pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru et qu'une expertise médicale détermine qu'un traitement est possible⁸⁸³. « Alors que dans la loi du 17 juin 1998, l'injonction restait à la discrétion du juge, même en cas d'expertise médicale positive, la loi du 10 août 2007 décide, quant à elle, que c'est l'inverse qui doit désormais prévaloir : sauf décision contraire du juge, l'injonction est rendue obligatoire s'il est établi, après expertise médicale, que, le délinquant est apte à suivre un traitement »⁸⁸⁴. L'injonction de soins est donc devenue un principe dès lors que le suivi socio-judiciaire est prononcé. Cette automaticité démontre que ce n'est plus la personnalité du condamné qui motive l'application d'une mesure de soins mais bien l'infraction elle-même. En d'autres termes, en rendant le soin systématique, le droit pénal se recentre sur la répression et la prévention des infractions en se détachant du principe d'individualisation. Cette idée va à l'encontre de l'inspiration de la Défense sociale nouvelle. En mettant de côté le principe d'individualisation, le droit pénal

⁸⁷⁴ Art. 221-9-1, mod., Code pénal.

⁸⁷⁵ Art. 221-15, Code pénal.

⁸⁷⁶ Arts. 224-1 à 224-5-1, Code pénal.

⁸⁷⁷ Art. 224-10, Code pénal.

⁸⁷⁸ Art. 322-18, Code pénal.

⁸⁷⁹ Art. 222-12, Code pénal.

⁸⁸⁰ Art. 222-10, Code pénal.

⁸⁸¹ Art. 222-13, Code pénal.

⁸⁸² Art. 222-14.

⁸⁸³ Art. 131-36-4, Code pénal.

⁸⁸⁴ P. SALVAGE, *op.cit.*, p. 6.

renoue avec un traitement pénal qui ne prend pas en considération la personnalité de l'auteur, mais bien l'infraction, ce qui est complètement aux antipodes d'une logique curative. En effet, un traitement doit être adapté à une personne et non à une situation. Cela revient à considérer que l'acte infractionnel est forcément le fruit d'une pathologie alors qu'il était défendu que la grande délinquance n'est pas une maladie. La loi de 2007 inverse cette logique et laisse planer un doute quant à l'existence d'un lien entre infraction et pathologie.

Le législateur a quand même tenté de garder un critère personnel dans l'application d'une injonction de soins en prévoyant qu'elle est possible si « l'intéressé est susceptible de faire l'objet d'un traitement ». Néanmoins ce critère personnel semble moindre en comparaison à la possibilité voire l'obligation de prononcer le suivi socio-judiciaire en fonction de la gravité de l'infraction.

La loi du 5 mars 2007 a été modifiée par celle du 10 mars 2010. Cette dernière prend en compte la qualité de l'auteur mais aussi celle de la victime pour appliquer le suivi socio-judiciaire. En effet, dans certains cas la mesure devient obligatoire. L'alinéa 2 de l'article 222-48-1 précise que le suivi socio-judiciaire est applicable lorsque « l'infraction est commise soit par le conjoint ou le concubin de la victime ou par le partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité, ou par son ancien conjoint, son ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à elle par un pacte civil de solidarité, soit, sur un mineur de quinze ans, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par tout autre personne ayant autorité sur la victime ». Cette extension montre la volonté du législateur de traiter l'auteur d'une infraction agissant dans le cadre familial. Cependant, elle manque quelque peu de cohérence.

270. La recherche d'une cohérence à l'extension du suivi socio-judiciaire. A la lecture des intitulés des différentes lois adoptées en la matière, on comprend une fois de plus que la prévention de la récidive est au cœur des réformes pénales et que le législateur n'hésite pas à étendre des dispositifs déjà existants afin de s'en assurer. Surtout, ce n'est plus nécessairement la personnalité de l'auteur de l'infraction qui motive l'application du suivi socio-judiciaire. La gravité de l'infraction apparaît être un nouveau critère de détermination de la mesure. Ce constat va l'encontre du principe d'individualisation de la peine, car cette mesure n'était initialement prévue que pour les délinquants sexuels. D'une part, de telles extensions font perdre la cohérence d'une mesure spécialement adaptée aux délinquants sexuels, qui constituait pourtant la motivation principale à la création de cette peine pas comme les autres.

D'autre part, ces différentes extensions sous-entendent que le prononcé du suivi socio-judiciaire avec injonction de soins est nécessaire pour un grand nombre d'infracteurs. On revient à l'idée selon laquelle la grande délinquance serait une maladie car nécessiterait des soins. Désormais, ce sont les infractions sexuelles et les infractions violentes qui sont concernées par cette sanction judiciaire et sanitaire. Le phénomène de médicalisation s'est donc généralisé ou plutôt, c'est le droit pénal qui va chercher la médecine pour répondre à ses objectifs de répression et de prévention des infractions. Il semblerait que par cette judiciarisation de l'activité médicale, le législateur en oublie les principes suivis par la médecine. En vertu du serment d'Hippocrate le premier souci du médecin est de « rétablir, de préserver ou de promouvoir la santé dans tous ses éléments, physiques et mentaux, individuels et sociaux ». Néanmoins, si le délinquant n'est pas atteint d'une pathologie, quel est l'intérêt d'un traitement ? De surcroît, l'article R. 4127-8 du Code de déontologie médicale, « le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance » et « il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins ». En généralisant le recours aux soins et en mettant de côté le caractère personnel, individuel, le législateur dénie l'exigence de nécessité des soins.

Par ailleurs, concernant les moyens en cas de soins, l'extension manifeste du suivi socio-judiciaire fait apparaître une autre réalité, à savoir le manque de psychiatres et psychologues spécialisés⁸⁸⁵. De surcroît, la longueur de la mesure, cinq ans pour les délits et dix pour les crimes, impacte immanquablement et durablement la charge de travail des professionnels de santé. Le tout, « avec peu d'espoir de voir les périodes réduites, personne n'osant prendre une décision si lourde de menace en cas de récidive »⁸⁸⁶.

2) L'extension des soins pénalement ordonnés indépendamment du suivi socio-judiciaire

271. Le domaine de l'obligation de soins. Tout d'abord, l'ancien article 132-40 du Code pénal organisait le sursis avec mise à l'épreuve (SME), applicable pour les délits ou les crimes dont la peine d'emprisonnement prononcée était d'une durée de cinq ans au plus⁸⁸⁷. L'épreuve

⁸⁸⁵ M. HERZOG-EVANS, *op.cit.*, p. 2174.

⁸⁸⁶ Y. GUILLAUME, « Une offre de soin pour quel suivi ? », AJ pén. 2009, p. 62.

⁸⁸⁷ Art. 132-41, Code pénal, anc.

pouvait être prononcée pour une durée d'un à cinq ans. Le SME consistait à ce que le condamné, placé sous le contrôle du juge de l'application des peines, était soumis à des mesures de contrôle prévues aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal. Parmi les obligations prévues par l'article 132-45, on retrouvait celle de « se soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation »⁸⁸⁸.

Ensuite, la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales avait créé une nouvelle alternative à l'emprisonnement sans sursis, la contrainte pénale, applicable en matière délictuelle⁸⁸⁹. Initialement, la contrainte pénale ne concernait que les délits punis d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus, mais à partir du 1^{er} janvier 2017, elle concernait les délits punis d'une peine d'emprisonnement « d'une durée inférieure ou égale à cinq ans ». Le domaine d'application de la contrainte pénale était en ce sens large. Cette peine devait se justifier au regard de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur. La contrainte pénale empruntait les obligations et interdictions prévues pour le sursis avec mise à l'épreuve donc renvoyait aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal. On retrouvait dans les mesures de contrainte, une obligation de soins⁸⁹⁰. L'inobservation des obligations par le condamné l'exposait à l'emprisonnement⁸⁹¹. La contrainte pénale avait vivement été critiquée par une partie de la doctrine qui considérait qu'elle n'était finalement pas une nouveauté en droit français car se distinguait difficilement du SME en lui empruntant, de surcroît, ses obligations et interdictions⁸⁹².

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2019 et de réforme de la justice et plus précisément à compter du 24 mars 2020 supprime la contrainte pénale et le SME pour les remplacer par le sursis probatoire, nouvelle peine alternative à l'emprisonnement⁸⁹³. Désormais, le sursis probatoire concerne les condamnations à l'emprisonnement pour une durée de cinq ans au plus pour un crime ou un délit de droit commun ou de dix ans en cas de récidive légale⁸⁹⁴. La création du sursis probatoire a pour but de rassembler les mesures disséminées dans ces différents dispositifs. « C'est dire que le « sursis probatoire est en réalité la façon dont le sursis avec mise à l'épreuve a été renommé, une fois enrichi des obligations qui

⁸⁸⁸ Art. 132-45, 3°, Code pénal.

⁸⁸⁹ Art. 131-4-1, Code pénal, anc.

⁸⁹⁰ Art. 132-45 3°, Code pénal.

⁸⁹¹ S. DETRAZ, « Rétroactivité de la peine de contrainte pénale », D. 2015, p. 1307.

⁸⁹² G. BEAUSSONIE, « Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », RSC 2014, p. 809.

⁸⁹³ Art. 132-40, Code pénal.

⁸⁹⁴ Art. 132-41, Code pénal.

étaient propres au sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (TIG) et à la contrainte pénale, le tout afin d'offrir au juge un outil criminologique unique, *a priori* plus clair et maniable »⁸⁹⁵. Finalement, ce regroupement de différentes mesures en une seule ne témoigne pas d'un changement de grande ampleur des mesures de probation⁸⁹⁶.

Il peut être prononcé pour une durée comprise entre douze mois et trois ans, douze mois et cinq ans s'il y a récidive légale et douze mois et dix ans s'il y a sur-récidive légale⁸⁹⁷. Le sursis probatoire peut être ordinaire et les mesures de contrôle de l'article 132-44 s'appliqueront, ou il peut être renforcé et les obligations particulières prévues par l'article 132-45 trouveront à s'appliquer⁸⁹⁸. Parmi les obligations particulières on retrouve « des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation ». Le nouveau sursis probatoire emprunte donc bien les obligations particulières initialement prévues pour le SME dont font parties les obligations de soins. Cependant ces différentes lois montrent un attachement du législateur aux mesures de soins, qu'il fait entrer dans beaucoup de dispositifs comme si le soin était le recours ultime pour prévenir la récidive et protéger l'ordre public. Les diverses mesures pour lesquelles les soins pénalement ordonnés sont applicables concerne en plus désormais bien plus qu'une certaine catégorie d'infracteurs et aussi bien plus qu'une certaine catégorie d'infractions.

272. L'extension de l'injonction thérapeutique. La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, va encore plus loin que la simple injonction thérapeutique prévue initialement pour les alcooliques et les toxicomanes⁸⁹⁹. En effet, elle prévoit que l'injonction thérapeutique peut être prononcée à titre d'alternative aux poursuites mais aussi pour une composition pénale⁹⁰⁰. La composition pénale en plus d'être une alternative aux poursuites pénales est donc aussi une alternative à l'enfermement. L'injonction est décidée par le procureur de la République ou par son délégué. Chaque année, l'injonction thérapeutique concerne des milliers de personnes⁹⁰¹. C'est un médecin relai qui est chargé de la mise en œuvre de l'injonction thérapeutique, ce qui démontre la compétence particulière d'un professionnel de santé dans la mise en œuvre d'une sanction pénale. Ce dernier est aussi chargé d'établir un

⁸⁹⁵ S. DETRAZ, « Le nouveau sursis probatoire créé par la loi du 23 mars 2019 », *Gaz. Pal.* 19 novembre 2019, n° 40, p. 71.

⁸⁹⁶ J-B PERRIER, « La réforme du droit de la peine : tout changer pour que rien ne change », *D.* 2019, p. 449.

⁸⁹⁷ Art. 132-42, al. 1^{er}, Code pénal.

⁸⁹⁸ Art. 132-43, al. 1^{er}, Code pénal.

⁸⁹⁹ Cf *supra* n° 259.

⁹⁰⁰ Art. 41-2 17°, Code de proc. pén.

⁹⁰¹ X. LAMEYRE, *op.cit.*, p. 71.

rapport écrit de l'évolution de la situation médicale, qu'il transmet à l'autorité judiciaire⁹⁰². Ces différentes mesures « représentent une réponse intéressante à la problématique d'usage permettant de renforcer la prise en charge des consommateurs et de prévenir les infractions en lien avec ces consommations de part cette articulation entre la Justice et les soins »⁹⁰³. Cependant, même si les conduites addictives nécessitent une prise en charge sanitaire, l'extension de l'injonction thérapeutique témoigne une fois de plus d'une généralisation du recours aux soins qui n'est pas forcément cohérente. En effet, le législateur étend de plus en plus la compétence et surtout la sollicitation des professionnels de santé dans la prise en charge de la délinquance et de la criminalité, donnant ainsi l'impression que la médecine peut tout résoudre.

B. La collaboration imparfaite entre justice et santé

273. L'implication conséquente du savoir médical dans le droit pénal. Les soins pénalement ordonnés ne sont pas prononcés à l'encontre d'un individu seulement sur appréciation du juge. Le juge doit faire appel aux médecins experts pour ordonner de telles mesures. Malgré la spécificité de ces dernières, une absence d'expertise médicale systématique subsiste (1). Par ailleurs, l'implication du savoir médical se caractérise par la sollicitation massive des professionnels de la santé mentale (2).

1) **L'absence d'expertise médicale systématique**

274. Le recours obligatoire à l'expertise médicale pour l'injonction de soins. L'injonction de soins constitue une réelle collaboration entre le monde judiciaire et le monde médical, car le législateur ne donne pas compétence au juge de prononcer une injonction de soins sans qu'une expertise médicale établisse préalablement que la personne est susceptible de faire l'objet d'un traitement. En effet, l'article 131-36-4 du Code pénal prévoit à l'alinéa 2 que « cette injonction peut être prononcée par la juridiction de jugement s'il est établi après une

⁹⁰² Arts. L. 3413-1 à L. 3413-4, CSP.

⁹⁰³ E. CHRISTIN, J. HIQUET, J. FOU GAS, O. DUBOURG, S. GROMB-MONNOYEUR, « Usage de toxiques et mesures pénalement ordonnées : les difficultés inhérentes à leurs applications », *Ethics, Medicine and Public Health*, Vol. 4, Janvier-Mars 2018, p. 52.

expertise médicale, ordonnée dans les conditions prévues par le code de procédure pénale, que la personne poursuivie est susceptible de faire l'objet d'un traitement ».

De plus, le législateur tient compte de la gravité de l'infraction, en déterminant que l'expertise devra être effectuée « par deux experts en cas de poursuites pour meurtre ou assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie »⁹⁰⁴.

De surcroît, dans le cadre du suivi socio-judiciaire, l'expertise médicale est omniprésente. A la lecture de l'alinéa 3 de l'article 763-3 du Code de procédure pénale, une personne condamnée à une peine privative de liberté assortie d'un suivi socio judiciaire, mais qui n'a pas été soumise à une injonction de soins le sera à une expertise médicale afin de déterminer si elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement en vue de sa libération. De même, « lorsque la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire comprenant une injonction de soins doit exécuter cette mesure à la suite d'une peine privative de liberté, le juge d'application des peines peut ordonner l'expertise médicale de l'intéressé avant sa libération. Cette expertise est obligatoire si la condamnation a été prononcée plus de deux ans auparavant »⁹⁰⁵.

Dans le prononcé de l'injonction de soins, le rôle de l'expert médical est déterminant, c'est lui qui va permettre la mise en place d'un suivi médical et surtout sa nécessité. Pour pallier l'importance du rôle de l'expert médical, le législateur offre encore la possibilité au juge de rendre une décision contraire spécialement motivée⁹⁰⁶. Toutefois, en pratique, le juge n'a pas la compétence pour déterminer si une personne est ou non susceptible de faire l'objet d'un traitement. « C'est dire que plus qu'une collaboration organisée entre le magistrat et le médecin, plus même qu'une dilution ou un démembrement du pouvoir pénal, c'est vers un abandon de souveraineté du juge pénal que conduisent l'omniprésence et l'omnipotence du corps médical en matière pénale »⁹⁰⁷.

Pour cela, même si le juge n'est légalement pas totalement lié à l'expert, il n'en demeure pas moins qu'il serait paradoxal qu'il ne suive pas son avis. Cependant, dans une décision n° 18-84.374 du 16 octobre 2019, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé qu'il était possible pour le juge pénal de décider d'une injonction de soins dans le cadre du suivi-

⁹⁰⁴ Art. 131-36-4, al. 2, Code pénal.

⁹⁰⁵ Art. 763-4, al. 1^{er}, Code de proc. pén.

⁹⁰⁶ Art. 131-36-4, al. 1^{er}, Code pénal.

⁹⁰⁷ P. MISTRETTA, T. W. LEVI-FAICT, « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », Gaz. Pal. 5 février 2019, n° 5, p. 84.

socio judiciaire alors même que l'expertise médicale n'avait pas établi que la personne était susceptible de faire l'objet d'un traitement. En l'espèce, il s'agissait d'une personne condamnée pour viol. La défense contredisait l'injonction de soins prononcée car le rapport d'expertise ne concluait pas en sa nécessité. La chambre criminelle estimait que « contrairement à ce que soutient le demandeur, la cour d'assises n'était pas tenue par les conclusions du rapport d'expertise médicale figurant au dossier ». « L'injonction de soins de n'imposera pas seulement au condamné, mais également à ses médecins, et il est permis de s'interroger sur la légalité d'un acte médical auquel la personne pourrait consentir alors que, au titre de son devoir d'information, un médecin pourra le juger inopportun »⁹⁰⁸. Cette décision est paradoxale dans la mesure où la Cour de cassation réaffirme le droit des juges à s'affranchir des décisions expertales mais en même temps elle met sous silence la parole médicale dans un domaine qui échappe au juriste. Ce qui est d'autant plus surprenant est que c'est le législateur qui sollicite les professionnels de la santé en les incluant dans le traitement pénal, et finalement la Cour de cassation affirme que le juge pénal peut contourner leurs avis, alors même que tout est fait pour les rendre indispensables à la matière.

L'omniprésence de la santé est d'autant plus forte dans l'injonction de soins que le juge de l'application des peines va désigner un médecin coordonnateur qui aura la charge de jouer l'interface entre la sphère médicale et la sphère judiciaire. Le médecin coordonnateur n'est pas celui qui va effectivement avoir la charge du traitement du condamné. Il invite le condamné à choisir un médecin traitant ou le conseiller dans ce choix⁹⁰⁹. Pour assurer au mieux l'effectivité du traitement, le juge d'application des peines n'a pas de contact direct avec le médecin traitant, l'intermédiaire entre ces deux acteurs est le médecin coordonnateur⁹¹⁰. En effet, le médecin coordonnateur, dans son rôle d'interface, va transmettre au juge les informations sur l'avancement de l'exécution de la mesure ainsi que sur les difficultés que le médecin traitant peut rencontrer. Dans l'organisation de l'injonction de soins, le Code de procédure pénale renvoie systématiquement au Code de la santé publique qui consacre un titre unique à cette dernière. Ces renvois au Code de la santé publique montrent bien l'importance du rôle médical dans l'injonction de soins. Néanmoins, l'expertise médicale n'est pas systématiquement obligatoire pour prescrire des soins pénalement ordonnés.

⁹⁰⁸ F. FOURMENT, « L'injonction de soins s'impose parfois aussi au médecin », *Gaz. Pal.* 4 février 2020, n° 5, p. 69.

⁹⁰⁹ Art. L. 3711-1, CSP.

⁹¹⁰ Art. L. 3711-2, CSP.

275. L'absence de recours obligatoire à l'expertise médicale pour l'obligation de soins.

En revanche, en ce qui concerne l'obligation de soins, le législateur n'impose pas d'expertise médicale préalable. L'article 132-45 précise juste que « La juridiction de condamnation ou le juge d'application des peines peut imposer spécialement au condamné l'observation de l'une ou de plusieurs » obligations parmi lesquelles figurent « des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation ». A aucun moment il n'est fait référence à une quelconque obligation de recourir à une expertise médicale. C'est le juge, seul souverain, qui décide de la nécessité ou non de prescrire les soins. Cette mesure ne prévoit pas « de dispositif ni d'acteur particulier faisant l'interface entre justice et soin »⁹¹¹. Le rôle du juge se confond avec celui du médecin, qui est normalement seul compétent pour déterminer si une personne est apte à faire l'objet d'un traitement. Cette absence d'expertise obligatoire semble alors incohérente au regard des difficultés pour un juge pénal de décider d'une mesure de soin. Par ailleurs, le 3^o dudit article poursuit en faisant référence à l'injonction thérapeutique qui peut constituer une mesure de soins à l'encontre du condamné.

276. L'absence de recours obligatoire à l'expertise médicale pour l'injonction thérapeutique. Pour l'injonction thérapeutique, le recours à l'expertise médicale préalable n'est pas obligatoire. Bien qu'il s'agisse d'une prise en charge médico-sanitaire du délinquant, l'expertise d'un médecin n'est même pas exigée pour prononcer une mesure de soins. Cela sous-entend que le magistrat a la connaissance nécessaire pour déterminer si la conduite d'une personne est ou non liée à une addiction qui constitue une maladie. Cependant, ne pas rendre l'expertise médicale préalable obligatoire apparaît comme un non-sens car seul un professionnel de santé a la compétence suffisante pour déterminer de la nécessité d'une prise en charge thérapeutique. Ces dispositifs ne sont pas suffisamment clairs en ce qui concerne la compétence du médecin dans la détermination de la nécessité de recourir aux soins. Les soins pénalement ordonnés peuvent être des mesures pertinentes si elles s'appliquent avec discernement et gagneraient en qualité s'il y avait une meilleure articulation entre justice et santé⁹¹². En effet, « au-delà des sens opposés de leur action première – l'une tournée vers la santé des personnes, l'autre vers l'intérêt général de la société -, les acteurs du soin et ceux de

⁹¹¹ C. LE BODIC, M. MICHELOT, D. ROBIN, « Les soins pénalement ordonnés (I). Cadre légal et revue de littérature », *Annales Médico-Psychologiques*, 2015, p. 198.

⁹¹² M. ORSAT, E. AUFFRET, C. BRUNETIERE, D. DECAMPS-MINI, J. CANET, J-P OLIE, S. RICHARD-DEVANTOY, « Les soins pénalement ordonnés : analyse d'une pratique complexe à travers une revue de la littérature », *L'Encéphale*, 2015, p. 423.

la justice ont un devoir commun, celui de ne pas négliger la dimension complémentaire de leurs interventions »⁹¹³.

2) La sollicitation massive des professionnels de la santé mentale

277. Les espoirs fondés sur l'intervention des professionnels de la santé mentale. Face aux auteurs d'infractions les plus graves, les plus sordides, le souhait pour la société est que ces derniers soient considérées comme des personnes anormales. Il existe un « besoin croissant de la société qui cherche une explication psychiatrique aux divers problèmes qu'elle rencontre »⁹¹⁴. S'il est un « domaine dans lequel le médecin psychiatre est devenu un auxiliaire incontournable de la justice pénale, c'est bien celui du soin pénalement obligé »⁹¹⁵. En effet, « notre pays connaît comme bien d'autres, ce rêve selon lequel l'intervention du psychiatre ou du psychologue serait susceptible de donner à tout individu délinquant un équilibre jamais acquis contenant ses pulsions violentes par des soins chimiques (les hormones anti androgènes par exemple chez les auteurs de crimes sexuels) ou psychothérapeutiques (chez les homicides récidivistes) et de cette façon se déculpabiliser de la longueur des peines »⁹¹⁶. Le législateur envisage l'injonction de soins comme un moyen de prévenir la récidive, « c'est aux professionnels de santé mentale qu'a échoué cette mission, dès lors qu'une expertise psychiatrique établit que le condamné pouvait faire l'objet d'un traitement. Sans en définir plus précisément ni les moyens ni les objectifs, le législateur a, semble-t-il, considéré la récidive comme un problème de santé mentale, dont la prévention relève donc des professionnels de la santé mentale »⁹¹⁷.

Cependant, il faut être prudent avec cette tentation de tout expliquer grâce à la psychiatrie car « les délinquants ne sont pas nécessairement schizophrènes mais plus les choses font peur plus on voudrait que les personnes soient différentes. Ce ne sont pas les plus grands délinquants qui présentent les plus grandes pathologies. On ne réagit pas face à la personne mais face à l'effroi pour théoriser »⁹¹⁸. Malgré cette affirmation, il existe une sollicitation massive des

⁹¹³ X. LAMEYRE, *op.cit.*, p. 659.

⁹¹⁴ J-P VAUTHIER, *Le psychiatre et la sanction pénale*, Thèse, B. Py (dir.), Université de Lorraine, 13 décembre 2013, p. 19.

⁹¹⁵ P. MISTRETTA, *op.cit.*, p. 349.

⁹¹⁶ J-L SENON, C. MANZANERA, *op. cit.*, p. 353.

⁹¹⁷ R. BOUVET, M. ABONDO, « Mission et statut du médecin coordonnateur dans l'injonction de soins. Bilan et perspectives quinze ans après la loi du 17 juin 1998 », *AJ pén.* 2014, p. 275.

⁹¹⁸ Cf Annexe 1, p. 435.

professionnels de la santé mentale dans le recours judiciaire aux soins. En effet, la justice « laisse aux médecins la charge de « réadapter » ce délinquant qui souffre d'un trouble de la personnalité le rendant potentiellement dangereux pour notre société »⁹¹⁹.

278. Le rôle fondamental du professionnel de la santé mentale dans l'injonction de soins. Tout d'abord, l'obligation légale de faire intervenir le psychiatre pour une injonction de soins se lit à l'alinéa 1 de l'article L. 3711-1 du Code de la santé publique en vertu duquel « le juge d'application des peines désigne, sur une liste de psychiatre ou de médecins ayant suivi une formation appropriée établie par le procureur de la République, un médecin coordonnateur ». Le médecin psychiatre est donc expressément visé par la loi pour l'injonction de soins. De plus, l'article dispose qu'un « médecin ayant suivi une formation appropriée » peut aussi être compétent. Il faut entendre par « formation appropriée », une formation théorique, qui enseigne le cadre juridique de l'injonction de soins, son organisation, les examens et expertises effectués, la clinique, le diagnostic et la thérapeutique des auteurs de violences notamment sexuelles ainsi que la recherche et une étude de cas. Cette formation doit délivrer au minimum cent heures de cours théorique dispensés par une université ou un organisme agréé de formation médicale continue⁹²⁰. Cette dernière a pour but d'enseigner la psychiatrie à des médecins non psychiatres donc c'est encore une sollicitation d'un médecin, devant se former aux sciences de la santé mentale.

Ensuite, se pose la question de la spécialité du médecin traitant chargé de suivre la personne sous injonctions de soins. Le Code de la santé publique ne précise pas si ce médecin traitant doit ou non être un psychiatre. En revanche, l'article L. 3711-4-1 dispose que « si la personnalité du condamné le justifie, le médecin coordonnateur peut inviter celui-ci à choisir, soit en plus du médecin traitant, soit à la place de ce dernier, un psychologue traitant ayant exercé pendant au moins cinq ans ». Se faisant, le législateur donne la possibilité de solliciter un autre professionnel de la santé mentale pour l'injonction de soins, le psychologue.

Toutefois, il a été vu que l'injonction de soins pouvait être prononcée à l'encontre de plus en plus de délinquants et plus seulement les délinquants sexuels. Les auteurs de violences mortelles aggravées ou de violences ayant entraîné une ITT peuvent notamment être concernés

⁹¹⁹ O. SANNIER, C. MANAOUIL, « Est-ce que le secret médical est la clé de voûte du respect de l'éthique médicale en prison ? », *Ethique & Santé*, décembre 2008, p. 203.

⁹²⁰ Arrêté du 24 mars 2009 relatif à la formation des médecins autres que psychiatres pouvant être inscrits sur la liste des médecins coordonnateurs prévue à l'article L. 3711-1 du code de la santé publique, JORF n° 0097 du 25 avril 2009, p. 71751, texte n° 20.

par l'injonction de soins, ou encore les auteurs de destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour autrui. Ces différents condamnés rentrent-ils vraiment dans le champ de compétence de la psychiatrie ? Initialement, la psychiatrie connaît deux grandes maladies mentales : la schizophrénie et les troubles de l'humeur avec un trouble bipolaire. Ces deux maladies permettent une réponse médicamenteuse. A côté des grandes maladies mentales, on retrouve les troubles de la personnalité – telle que la psychopathie – pour lesquels les médicaments sont beaucoup moins efficaces. En revanche, tous les auteurs d'infractions pénales ne sont pas nécessairement atteints de telles pathologies reconnues par la psychiatrie. La pertinence de vouloir « soigner » la personne condamnée par la psychiatrie est discutable. Surtout, comment le professionnel de la santé mentale peut appréhender et soigner une personne si sa dangerosité potentielle ne relève pas de la maladie psychiatrique ?⁹²¹ Se pose alors la question essentielle de la détermination de ce qu'est la dangerosité et comment est-elle appréhendée ?⁹²²

Finalement, « les psychiatres doivent coder lorsqu'ils ont un patient (bipolaire, schizophrènes, psychopathe, pédophile) donc on invente des catégories pour répondre aux besoins de la justice alors même que parfois les soins psychiatriques ne sont pas toujours efficaces ni nécessaires⁹²³. C'est pour cela notamment que le diagnostic de pédophilie dans le DSM a évolué. La base du diagnostic était d'être excité par des enfants et avoir des fantasmes. Le médical a donc répondu à la justice en élargissant la définition de la pédophilie. Le médical « pervertit ses propres catégories pour répondre aux besoins de la justice »⁹²⁴. Cette « rencontre en deux dispositifs, sanitaire et judiciaire, aux langages mais aussi aux objectifs différents, produit un certain nombre de difficultés du point de vue des soignants »⁹²⁵.

En outre, la généralisation du recours judiciaire aux soins doit faire face à la pénurie des médecins. On connaît une généralisation des soins pénalement ordonnés, mais il n'y a pas suffisamment de professionnels de santé pour s'assurer de leur bonne mise en œuvre, et surtout une pénurie de psychiatres. En plus, la France connaît des disparités régionales en termes de démographie médicale.

⁹²¹ R. BOUVET, M. ABONDO, *op. cit.*, p. 275.

⁹²² L'appréhension de la dangerosité et son traitement seront abordés dans le dernier titre de la thèse.

⁹²³ J-M DELARUE, « Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge », Rapport de la Commission d'audition du 17 juin 2018, Paris, Audition publique, 14 et 15 juin 2018.

⁹²⁴ Cf Annexe 1, p. 435.

⁹²⁵ C. LE BODIC, M. MICHELOT, D. ROBIN, « Les soins pénalement ordonnés (II). Mise en place d'un dispositif d'accueil de patients sous-main de justice au sein d'un service psychiatrique de secteur », *Annales Médico-Psychologiques*, 2015, p. 204.

Même si le droit pénal connaît un phénomène de médicalisation, il apparaît que la médecine aussi subit les influences directes du droit pénal. Souhaitant expliquer chaque comportement infractionnel par la psychiatrie ou la psychologie, les frontières du médical sont étendues alors même qu'à l'origine certains de ces comportements ne révélaient aucune pathologie psychiatrique. Il existe alors une « confusion entre la peine et le soin, le soin étant envisagé pour prévenir la récidive et non pour traiter une pathologie psychiatrique confirmée. En ce sens le mot « traitement » est à bannir au profit de celui d'accompagnement médico-psycho-éducatif »⁹²⁶. La médicalisation du prononcé de la peine semble avoir pour cause initiale une judiciarisation constante du soin. En effet, c'est en raison de la sollicitation du médical par la justice que le phénomène de médicalisation a pris de l'ampleur. Une telle attitude de la justice vis-à-vis du soin démontre que la sanction pénale classique est insuffisante afin de traiter les maux de la société.

II. La multiplication du recours aux soins comme modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement

279. L'influence du soin sur les aménagements de peine. Les aménagements de peine permettent de modifier la peine afin de s'adapter à l'évolution pénologique de la personne et dans la plupart des cas, ils ne sont possibles que lorsque le condamné a purgé une partie de sa peine, justement pour se rendre compte de l'évolution du condamné⁹²⁷. « L'existence d'une possibilité d'aménagement est exigée comme un corollaire du principe de proportionnalité, au même titre que l'est l'individualisation de la peine au moment de la condamnation »⁹²⁸. Les aménagements de peine n'échappent pas à l'influence du soin qui est un moyen d'individualiser l'exécution de la peine privative de liberté.

Les aménagements peuvent impacter la durée de la peine, c'est-à-dire que la durée de la peine exécutée sera amoindrie ; mais ils peuvent aussi moduler le temps de la peine car son exécution pourra être fractionnée⁹²⁹. Par conséquent, il existe une influence du soin sur la durée de la peine (A) mais aussi sur la durée fractionnée de la peine (B).

⁹²⁶ J-L SENON, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », AJ pén. 2007, p. 367.

⁹²⁷ E. BONIS, V. PELTIER, *Droit de la peine*, 5^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2019, p. 475.

⁹²⁸ Cons. const., décision n° 2019-799/800, QPC du 6 septembre 2019.

⁹²⁹ E. BONIS, V. PELTIER, *op. cit.*, p. 501.

A. L'influence du soin sur la durée de la peine

280. L'importance du soin pour amoindrir la durée de la peine. Deux aménagements de peine sont impactés par le soin et mettent en lumière sa généralisation. L'importance du soin se manifeste pour l'octroi des crédits de réduction de peine (1) et pour la libération conditionnelle (2).

1) **L'importance du soin pour l'octroi des crédits réduction de peine**

281. La création des crédits de réduction de peine. La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a créé les crédits de réduction de peine. En vertu de l'article 721-1 du Code de procédure pénale, « une réduction supplémentaire de la peine peut être accordée aux condamnés qui manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale ». A compter du 1^{er} janvier 2005, et « dès son incarcération, chaque condamné bénéficie d'un crédit de réduction de peine calculé sur la durée de la peine prononcée⁹³⁰. Ainsi, la personne sait, *ab initio*, qu'elle n'aura pas à effectuer l'intégralité de la durée de la peine prononcée, sauf à ce que la réduction lui soit retirée en raison de son mauvais comportement »⁹³¹. Parmi les situations permettant de démontrer des efforts sérieux de réadaptation sociale on retrouve notamment le passage avec succès d'un examen scolaire, universitaire ou professionnel traduisant l'acquisition de nouvelles connaissances, la justification de progrès réels dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation, l'investissement dans l'apprentissage de la lecture ou encore le suivi d'une thérapie destinée à limiter les risques de récidive⁹³².

⁹³⁰ Les crédits de réduction de peine concernent toutes les peines privatives de liberté qu'elles soient correctionnelles ou criminelles, à l'exclusion des peines perpétuelles. Les peines perpétuelles sont exclues car leur durée n'est pas quantifiable alors que le crédit de réduction de peine doit être calculé sur une peine déterminée. La durée de la peine prise en compte pour le calcul du crédit et celle qui figure dans la décision de condamnation. En vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 721 du Code de procédure pénale, « Chaque condamné bénéficie d'un crédit de réduction de peine calculé sur la durée de la condamnation prononcée à hauteur de trois mois pour la première année, de deux mois pour les années suivantes et, pour une peine de moins d'un an ou pour la partie de peine inférieure à une année pleine, de sept jours par mois ; pour les peines supérieures à un an, le total de la réduction correspondant aux sept jours par mois ne peut toutefois excéder deux mois ».

⁹³¹ E. BONIS, V. PELTIER, *ibid.*, p. 506.

⁹³² L'alinéa 1^{er} de l'article 721-1 du Code de procédure pénale dresse une liste non exhaustive des différentes situations permettant de justifier que le condamné manifeste des efforts sérieux de réadaptation sociale.

Cependant, la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire tend à supprimer les crédits automatiques de réduction de peine en préférant l'octroi jusqu'à six mois de réduction de peine par an pour les condamnés qui manifestent des efforts de réinsertion⁹³³.

282. La prescription d'incitations aux soins pendant la peine privative de liberté. Pour certaines infractions, le juge d'application des peines peut, après avis médical, prescrire à la personne une incitation aux soins pendant la peine privative de liberté. Ces incitations aux soins concernent les personnes condamnées pour le meurtre ou l'assassinat d'un mineur de quinze ans précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour toute infraction visée aux articles 222-23 à 222-32 et 227-25 à 227-27 du Code pénal⁹³⁴. De plus, en cas de condamnation à un suivi socio-judiciaire avec injonction de soins et lorsque la personne subit quand même une peine privative de liberté, le juge d'application des peines incitera la personne à entreprendre son traitement pendant sa peine privative de liberté⁹³⁵. En ce qui concerne spécifiquement les auteurs d'infractions sexuelles, « la prise en charge médicale occupe une place prépondérante dans le traitement judiciaire et pénitentiaire »⁹³⁶. Même dans le cas où la personne a été condamnée au suivi socio-judiciaire mais n'a pas été soumise à une injonction de soins, le juge d'application des peines, en vue de sa libération, ordonne une expertise médicale pour déterminer si la personne peut faire l'objet d'un traitement⁹³⁷. En cas de refus de la personne le juge renouvellera cette information au moins une fois tous les ans⁹³⁸.

Aux termes de l'article 717-1 du Code de procédure pénale, les incitations de soins en détention sont essentiellement des suivis psychologiques pour la personne détenue. Le juge de l'application des peines a un rôle central en ce qui concerne ces incitations de soins car même si la décision de condamnation ne prévoyait initialement pas de recours aux soins, il pourra décider pendant l'exécution de la peine et après avis médical que le soin est nécessaire.

283. Le caractère indispensable des incitations aux soins. De surcroît, le soin n'est pas seulement nécessaire dans l'exécution de la peine mais il est aussi indispensable pour l'octroi des crédits de réduction de peine. En effet, en cas de refus par la personne de suivre un traitement pour les crimes et délits visés par l'article 717-1 du Code de procédure pénale, un retrait des crédits de réduction de peine pourra être ordonné. De la même façon, si le juge

⁹³³ Ce nouveau régime de réduction de peine s'appliquera à compter du 1^{er} janvier 2023.

⁹³⁴ Art. 717-1, Code de proc. pén.

⁹³⁵ Art. 136-36-4, al. 2, Code pénal.

⁹³⁶ X. LAMEYRE, *op. cit.*, p. 547.

⁹³⁷ Art. 763-3, al. 3, Code de proc. pén.

⁹³⁸ Art. 763-7, Code de proc. pén.

d'application des peines est informé par le médecin traitant que le condamné ne suit pas son traitement avec sérieux, il pourra aussi ordonner le retrait des crédits de réduction de peine.

Il en va de même pour les détenus condamnés à un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire avec injonction de soins est encouru et qui refusent de suivre un traitement⁹³⁹. Dans cette situation, le juge d'application des peines n'aura aucun pouvoir d'appréciation, car si la personne ne se soumet pas aux soins, automatiquement les crédits de réductions de peine seront retirés. Le soin est clairement envisagé comme un moyen de limiter la récidive et non comme un moyen de soigner une personne qui présente une psychopathologie. « Cette confusion est inacceptable pour les soignants de psychiatrie et notamment pour les équipes intervenant en milieu pénitentiaire. La menace de ne plus accorder les réductions de peine revient à imposer des soins en milieu pénitentiaire ce que les équipes de soignantes intervenant en prison récusent estimant que cela banalise les soins psychiatriques en les assimilant à la sanction »⁹⁴⁰.

Par ailleurs, la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, a créé un autre cas de retrait des crédits de réduction de peine. Lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté et qu'elle était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes⁹⁴¹ et qu'elle refuse les soins proposés, le juge d'application des peines pourra ordonner le retrait des crédits⁹⁴². Dans ce cas, le juge ne pourra ordonner le retrait qu'après avis médical. Ici, la parole du médecin reprend le dessus sur la parole du juge qui ne pourra pas apprécier d'office le retrait des crédits de réduction de peine.

Il y a une certaine incohérence dans ce caractère indispensable des soins pour l'octroi desdits crédits car les prévisions légales de ne sont pas homogènes. Parfois, le législateur laisse au juge de l'application des peines l'appréciation d'ordonner un retrait sans aucun avis médical et quand bien même le traitement ne serait pas strictement nécessaire. Dans d'autres cas, le législateur impose au juge d'application des peines de suivre l'avis donné par le médecin. Une harmonisation des pratiques est souhaitable dans ce domaine. De plus, il existe une réelle confusion entre soin et peine dans la mesure où le soin devient coercitif, et surtout le seul

⁹³⁹ D. VIRIOT-BARRIAL, « L'injonction de soins dans la loi du 10 mars 2010 : suite et fin ? », *Gaz. Pal.* 15 janvier 2011, n° 15, p. 20.

⁹⁴⁰ J-L SENON, *op.cit.*, p. 367.

⁹⁴¹ Art. 122-1, al. 2, Code pénal.

⁹⁴² Art. 721, al. 2, Code de proc. pén.

rempart pour lutter contre la récidive. Cela revient à considérer que « s'il est aussi indispensable de soigner un type de criminel, c'est parce que sa maladie est la cause de sa déviance »⁹⁴³. Le soin ne devrait pas être considéré comme un moyen voire le seul et unique moyen, de prévenir la récidive mais comme une aide à une personne qui présente une pathologie. Enfin, même si la personne condamnée peut échapper aux soins devant la juridiction de jugement, il n'en demeure pas moins qu'elle peut s'y retrouver confrontée durant l'exécution de sa peine privative de liberté. Dès lors, le soin devient une transaction durant l'exécution de la peine afin d'espérer se voir attribuer un aménagement de peine. Cela démontre que le recours judiciaire aux soins est présent à tous les stades de la procédure pénale, qu'il est donc omniprésent. Cette omniprésence fait immanquablement face à un problème pratique qui n'est autre que les difficultés budgétaires liées à la systématisation des soins pendant l'incarcération⁹⁴⁴.

2) L'importance du soin dans la libération conditionnelle

284. Le soin et l'octroi de la libération conditionnelle. La libération conditionnelle est prévue aux articles 729 à 733 du Code de procédure pénale et fait l'objet d'un titre entier dans ce dernier. Il s'agit du plus ancien aménagement de peine. « Il faut dire que cette modalité d'exécution de la peine privative de liberté présenterait des vertus indéniables. Elle serait, selon les experts, l'un des moyens les plus efficaces de parvenir à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive »⁹⁴⁵. La libération conditionnelle permet d'éviter les sorties de prison dites sèches en conditionnant la liberté de la personne. La libération conditionnelle peut être accordée lorsque la durée de la peine accomplie est au moins égale à la durée de la peine qui lui reste à accomplir⁹⁴⁶. Le temps de l'épreuve ne peut excéder quinze années ou dix-huit années pour les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité.

Comme pour l'octroi des crédits de réduction de peine, la libération conditionnelle peut bénéficier aux condamnés qui manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale⁹⁴⁷. La loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 a prévu cinq motifs qui peuvent motiver la demande de libération conditionnelle. On retrouve l'exercice d'une activité professionnelle, d'un stage ou d'un emploi temporaire ou l'assiduité à un enseignement ou à une formation

⁹⁴³ P. SALVAGE, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁴⁴ X. LEMEYRE, *op. cit.*, p. 547.

⁹⁴⁵ E. BONIS, V. PELTIER, *op. cit.*, p. 551.

⁹⁴⁶ Art. 729, al. 3, Code de proc. pén.

⁹⁴⁷ Art. 729, al. 2, Code de proc. pén.

professionnelle, la participation essentielle à la vie de famille, la nécessité de suivre un traitement médical, les efforts en vue d'indemniser les victimes et l'implication dans tout autre projet sérieux d'insertion ou de réinsertion. La nécessité du soin peut donc permettre l'octroi de la libération conditionnelle ou en tout cas le favoriser.

De la même façon, le législateur prévoit que lorsqu'une personne a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel le suivi-socio judiciaire est encouru, la libération conditionnelle ne pourra lui être accordée si cette dernière a refusé de suivre un traitement pendant son incarcération⁹⁴⁸. Pour les personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, cet aménagement de peine ne pourra être accordé « qu'après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, rendu à la suite d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité réalisée dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues et assortie d'une expertise médicale »⁹⁴⁹. La parole médicale est fondamentale pour décider de la libération conditionnelle des personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité. Cela semble cohérent dans la mesure où il s'agit de personnes s'étant rendues coupables des infractions les plus graves. Cependant, cela revient à considérer que les personnes qui commettent les infractions d'une particulière gravité présentent une psychopathologie ne pouvant être prise en charge que par la médecine. Cependant, dans cette situation il y a une réelle pluridisciplinarité car le juge d'application des peines ne décide pas seul l'aménagement de peine. On retrouve une vraie complémentarité entre justice et santé.

Il semble alors que le suivi d'un traitement médical soit considéré comme un effort de réadaptation sociale et qu'il conditionne la liberté. On comprend bien que le soin est pour le législateur un moyen de réinsérer la personne condamnée. Une fois de plus, le soin perd sa finalité initiale.

285. Le soin et l'exécution de la libération conditionnelle. Tout d'abord, lors de l'exécution de la liberté conditionnelle, la personne peut se retrouver une fois de plus confrontée aux soins. L'article 731-1 du Code de procédure pénale prévoit que « La personne faisant l'objet d'une libération conditionnelle peut être soumise aux obligations prévues pour le suivi socio-judiciaire si elle a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel cette mesure est encourue ». Parmi les obligations prévues pour le suivi socio-judiciaire on retrouve l'injonction de soins. Le cas particulier des auteurs d'infractions sexuelles est aussi visé par le législateur,

⁹⁴⁸ Art. 729, al. 5, Code de proc. pén.

⁹⁴⁹ Art. 729, al. 5, Code de proc. pén.

qui prévoit que lorsque la personne a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité pour un crime pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, la libération conditionnelle ne pourra intervenir qu'après une évaluation par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, rendu à la suite d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité et assortie de deux expertises médicales. Ces expertises médicales doivent se prononcer sur l'opportunité, dans le cadre de l'injonction de soins, de recourir à un traitement inhibiteur de libido⁹⁵⁰. Pour les infractions sexuelles les plus graves, le suivi d'un traitement inhibiteur de libido pourra être la condition pour rester en liberté. La crainte inspirée par les auteurs d'infractions sexuelles les plus graves et surtout la préservation de l'ordre public poussent à prescrire de tels traitements pour contrebalancer les pulsions sexuelles et ainsi éviter la récidive.

Désormais, une personne placée en liberté conditionnelle sera donc soumise à une injonction de soins. Le domaine de ces soins pénalement ordonnés est alors encore étendu. En effet, l'injonction de soins n'accompagne plus seulement une mesure alternative à l'emprisonnement mais intervient également après la détention.

De plus, il y a une certaine automaticité dans la prescription de l'injonction de soins car elle est applicable « sauf décision contraire du juge de l'application des peines ou du tribunal de l'application des peines ». Là encore, ce n'est donc pas le juge d'application des peines qui va décider de la mesure en amont car elle est automatique sauf s'il décide le contraire après qu'une expertise détermine si la personne est susceptible de faire l'objet d'un traitement. Il y a une incohérence dans cette prévision légale. En effet, il s'agit du caractère quasi-automatique de la mesure qui sous-entend que toutes les personnes concernées par ces infractions ont forcément besoin de soins, donc qu'elles présentent immanquablement une pathologie. Il n'est pas possible de réellement parler d'individualisation d'une mesure lorsque cette dernière n'est pas décidée au cas par cas.

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que la personne ait effectivement été condamnée au suivi socio-judiciaire, mais simplement que l'infraction soit susceptible de se voir appliquer cette mesure. Le suivi socio-judiciaire est prévu pour un grand nombre d'infractions donc l'injonction de soins pendant la libération conditionnelle peut concerner un certain nombre d'individus et donc des personnes qui ne nécessiteraient pas forcément une prise en charge thérapeutique.

⁹⁵⁰ Art. 729, al. 5, Code de proc. pén.

Enfin, comme le précise le Code de procédure pénale, toujours dans le même article, la personne « est soumise à une injonction de soins dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du code de la santé publique ». Cela revient à faire intervenir un médecin coordonnateur et un médecin traitant. Cette généralisation du recours aux soins ne fait qu'entériner la pénurie de médecins que la justice connaît. En effet, le recours aux soins se retrouve à toutes les étapes de la procédure.

B. L'influence du soin sur la durée fractionnée de la peine

286. La création de la suspension médicale de peine. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a créé un aménagement de peine particulier, la suspension médicale de peine. Cette mesure se retrouve à l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale. Cet aménagement de peine ne prend pas en considération la durée de la peine ni même la gravité de l'infraction. La seule exclusion concerne le risque grave de renouvellement de l'infraction.

Cette mesure est humanitaire en raison de la considération pour la santé de la personne détenue (1), permettant ainsi de répondre aux exigences européennes même dans le milieu carcéral. L'influence de la médecine dans l'exécution de la peine se justifie aussi dans la mesure où la suspension médicale de peine ne peut être prononcée sans l'intervention d'un médecin expert (2).

1) La considération pour la santé de la personne détenue

287. La préservation contre les traitements inhumains ou dégradants. « La reconnaissance d'un droit à la santé des détenus et l'obligation qui en découle figurent parmi les principes fondamentaux auxquels doivent se conformer les autorités pénitentiaires. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne concède aucun tempérament et toute défaillance amène une violation de l'article 3 de la Convention »⁹⁵¹. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

Selon la Cour européenne, les personnes détenues ne perdent pas le bénéfice de l'article 3 de la Convention. Dans la mesure où la personne détenue ne peut se voir appliquer des

⁹⁵¹ J-P CERE, « Le détenu malade : le traitement du droit européen », AJ pén. 2010, p. 325.

traitements inhumains ou dégradants, ce sont les conditions d'accès aux soins qui sont en jeu pour les éviter⁹⁵². Il n'est pas en soi inhumain ou dégradant de laisser une personne malade en détention⁹⁵³, mais le non accès aux soins peut constituer de tels traitements. En effet, si le détenu malade ne peut pas bénéficier des soins nécessaires à son état de santé en raison des conditions carcérales, l'article 3 de la Convention pourrait trouver à s'appliquer. Le législateur prévoit donc deux hypothèses dans lesquelles l'état de santé du condamné permet de demander une suspension médicale de peine.

288. L'hypothèse de la pathologie engageant le pronostic vital. Le législateur n'a pas donné de définition de ce qu'il entendait par « pathologie engageant le pronostic vital ». Il s'agit d'une notion purement médicale, qui montre l'intérêt porté à la santé de la personne détenue. La médicalisation du droit pénal ne concerne donc pas uniquement le traitement des infractions mais aussi l'état de santé en tant que tel de la personne condamnée pendant l'exécution de sa peine. Néanmoins, est-ce que cette notion concerne les condamnés en fin de vie ? Il revient à la jurisprudence de fixer les contours de la définition de la pathologie engageant le pronostic vital.

Tout d'abord, la Cour de cassation avait eu à se prononcer sur l'octroi d'une suspension médicale de peine pour un individu atteint de plusieurs pathologies engageant son pronostic vital⁹⁵⁴. L'aménagement de peine lui avait été refusé car il n'était pas possible de déterminer dans quel délai le décès pouvait intervenir. La chambre criminelle estimait que « c'est nécessairement à court terme que la pathologie dont souffre le condamné doit engager le pronostic vital ». Autrement dit, pour obtenir une suspension médicale de peine il faut que la mort soit prévisible à court terme. Le fondement de la suspension médicale de peine en raison d'une pathologie engageant le pronostic vital, « réside alors dans le fait qu'il est inhumain de laisser une personne vivre ses derniers moments en prison »⁹⁵⁵. La Cour de cassation a rappelé cette position plus tard, car la suspension médicale avait été refusée à un individu dans la mesure où son pronostic vital n'était pas engagé à court terme⁹⁵⁶.

⁹⁵² H. MOUTOUH, « La santé d'une personne privée de liberté est un facteur à prendre en compte dans les modalités de l'exécution de sa peine d'emprisonnement », D. 2003, p. 303.

⁹⁵³ CEDH, 21 octobre 1996, *Loukanov c/ Bulgarie* ; CEDH, 7 juin 2001, *Papon c/ France*, D. 2001, p. 2335, obs. J-P CERE.

⁹⁵⁴ Crim., 28 septembre 2005 : Bull. crim. 2005, n° 247 ; AJ pén. 2005, p. 461, obs. M. HERZOG-EVANS ; Dr. pén. 2005, comm. 183, note A. MARON ; RSC 2006, p. 428, note P. PONCELA.

⁹⁵⁵ M. HERZOG-EVANS, « Suspension médicale de peine : la mort doit survenir à court terme », AJ pén. 2005, p. 461.

⁹⁵⁶ Crim., 4 octobre 2006, AJ pén. 2007, obs. M. HERZOG-EVANS.

Néanmoins, l'exigence selon laquelle le décès doit survenir à court terme se heurte à la longueur de la durée de la procédure en la matière. En effet, le risque est que beaucoup de condamnés n'aient pas le temps d'obtenir leur suspension médicale de peine avant leur décès, étant donné que la Cour de cassation considère que la mort doit être prévisible à court terme. Cela revient dans les faits, à laisser un condamné, vivre ses derniers instants en prison, ce qui constitue un traitement inhumain.

Ensuite, la jurisprudence a affirmé qu'il n'était pas nécessaire de rechercher si la suspension médicale était susceptible de présenter un risque pour l'ordre public⁹⁵⁷. En l'espèce, l'intéressé avait été condamné pour complicité d'assassinat à la réclusion criminelle à perpétuité. Il avait obtenu par la Cour d'appel l'aménagement de peine car il souffrait d'une grave pathologie cardiaque évolutive. Le parquet formait un pourvoi estimant que la Cour d'appel n'avait pas recherché si l'aménagement de peine était susceptible de présenter un risque à l'ordre public. Il invoquait à juste titre l'article 707 du Code de procédure pénale en vertu duquel le régime d'exécution des peines privatives de liberté doit être respectueux des intérêts de la société et éviter la commission de nouvelles infractions. Cependant, la chambre criminelle retenait que « les juges, qui n'étaient tenus par aucun texte légal de rechercher si la mesure de suspension présentait un risque pour la sécurité et l'ordre public, ont justifié leur décision ». « S'il faut se réjouir de ce que, contrairement à la tendance la plus courante, y compris au sein de la Haute juridiction, ce ne soit pas une interprétation stricte qui ait une fois de plus conduit à l'annulation d'une mesure dont le fondement, rappelons-le, est humanitaire, il faut regretter qu'il ait fallu en passer pour cela par une violation d'un texte de loi et plus encore par la négation de sa nature préliminaire »⁹⁵⁸. Après avoir fixé les contours de la notion médicale de la pathologie engageant le pronostic vital, il faut apporter une définition au second cas visé par l'article 720-1-1.

289. L'hypothèse de l'état de santé physique ou mentale durablement incompatible avec le maintien en détention. L'état de santé physique ou mentale durablement incompatible avec le maintien en détention suppose « une santé qui ne soit pas amoindrie de façon seulement passagère. Il faut une certaine stabilité, voire pérennité, de cet état »⁹⁵⁹. Le handicap de la personne va par exemple pouvoir être pris en compte. En effet, « pour ce qui concerne l'état incompatible avec la détention, le fondement réside dans le fait qu'il est inhumain de laisser en

⁹⁵⁷ Crim., 15 mars 2006: Bull. crim. 2006, n° 80; AJ pén. 2006, p. 273, obs. M. HERZOG-EVANS ; RSC 2007, p. 352, obs. P. PONCELA.

⁹⁵⁸ M. HERZOG-EVANS, « La loi n'oblige pas à recherche si la suspension médicale présente un risque pour l'ordre public – Cour de cassation, crim. 15 mars 2006 », AJ pén. 2006, p. 273.

⁹⁵⁹ E. BONIS, V. PELTIER, *op. cit.*, p. 609.

prison quelqu'un qui est dans un tel état que chacun de ses gestes est rendu douloureux ou difficile et qu'il doit être assisté en permanence, alors que l'aide est rarement disponible. En la matière, les décisions qui rejettent la suspension médicale sont habituellement fondées sur le constat que des soins appropriés sont apportés au détenu ou qu'il ne serait pas mieux soigné dehors »⁹⁶⁰.

L'article 720-1-1 rend possible un changement d'affectation si l'établissement pénitentiaire dans lequel se trouve l'intéressé ne peut assurer les exigences tenant à sa santé. En outre, l'article 717-1 du Code de procédure pénale prévoit « La répartition des condamnés dans les prisons établies pour peines s'effectue compte tenu de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité ». L'état de santé de la personne est donc pris en compte dans l'affectation à un établissement pénitentiaire et la procédure de changement d'affectation est possible pour satisfaire les exigences tenant à la santé⁹⁶¹. La question de l'accès aux soins est primordiale afin d'évaluer si l'état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention. Tel était le cas dans l'affaire Papon⁹⁶², Monsieur Papon avait bénéficié d'une suspension médicale de peine, en raison d'une maladie cardiovasculaire et confirmée par la Cour d'appel mais vivement contestée par l'opinion publique. Le procureur général formait en pourvoi et reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'aménagement de peine constituait un trouble à l'ordre public en raison de la condamnation pour crime contre l'humanité. Néanmoins, la Cour reprenait « dans la lettre comme l'esprit purement humanitaire, de la loi du 4 mars 2002 [...] que seul doit compter l'état du malade »⁹⁶³ pour l'obtention d'une suspension médicale de peine. De surcroît, la Cour de cassation considère également qu'un condamné qui bénéficie d'une suspension médicale de peine peut être placé en libération conditionnelle et ce sans que puisse lui être opposé une période de sûreté⁹⁶⁴. En effet, « dans le cas d'un détenu malade, la libération conditionnelle peut apparaître comme un « relais utile » de la suspension de peine y compris au cours d'une période de sûreté, étant précisé qu'en l'espèce le condamné était déjà libre depuis plus d'un an et que son état de santé était

⁹⁶⁰ M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 461.

⁹⁶¹ Arts. D. 82 et s., Code de proc. pén.

⁹⁶² CA Paris, 18 septembre 2002, D. 2002, p. 2893, note. M. HERZOG-EVANS.

⁹⁶³ M. HERZOG-EVANS, « La confirmation de la suspension médicale de la peine de M. Papon », D. 2003, p. 1065.

⁹⁶⁴ Crim. 3 mars 2021, n° 20-81.692.

durablement incompatible avec le maintien en détention »⁹⁶⁵. Cette décision participe au respect du principe d'individualisation⁹⁶⁶.

Afin d'espérer obtenir une suspension médicale de peine la parole médicale est déterminante et obligatoire. L'expertise médicale joue un rôle fondamental pour obtenir cet aménagement de peine.

2) L'importance de l'expertise médicale

290. Le caractère déterminant de l'expertise dans la suspension médicale de peine. L'alinéa 2 de l'article 720-1-1 dispose « La suspension ne peut être ordonnée que si une expertise médicale établit que le condamné se trouve dans l'une des situations énoncées à l'alinéa précédent ». La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales change la donne en exigeant une seule expertise. Avant cela, le législateur imposait que deux expertises distinctes devaient établir de façon concordante que le condamné était atteint d'une pathologie engageant son pronostic vital ou que son état de santé était incompatible avec son maintien en détention. Cependant, cette exigence de recueillir deux expertises posait des difficultés pratiques. En matière de suspension médicale de peine, la méconnaissance par les médecins experts du dossier médical du condamné, ainsi que la méconnaissance de ce que suppose la vie en détention avaient pour conséquence et de façon courante, que les conclusions des deux expertises exigées divergeaient⁹⁶⁷. Afin de pallier cette difficulté, dans un arrêt n° 06-87.460 du 27 juin 2007, la chambre criminelle décidait que « la cour d'appel, qui s'est fondée sur les conclusions de deux expertises médicale établissant que l'état de santé du demandeur n'est pas durablement incompatible avec son incarcération » avait justifié sa décision. En l'espèce, il s'agissait d'un condamné souffrant d'insuffisance coronarienne et qui avait formulé une demande de suspension médicale de peine. Les deux expertises concluaient que son état de santé était compatible avec le maintien en détention.

⁹⁶⁵ D. GOETZ, « Libération conditionnelle, suspension de peine pour raison médicale et période de sûreté : quelle articulation ? », D. actu. 11 mars 2021.

⁹⁶⁶ M. HERZOG-EVANS, « Détenu malade : la libération conditionnelle relais utile de la suspension de peine ? Arrêt rendu par le Tribunal de l'application des peines d'Arras », AJ pén. 2007, p. 40.

⁹⁶⁷ M. HERZOG-EVANS, « Lorsque le juge doit se fonder sur des expertises incohérentes – Cour de cassation, crim. 27 juin 2007 », AJ pén. 2007, p. 494.

Cependant, le premier expert relevait que « l'état du condamné paraît ce jour théoriquement compatible avec une incarcération mais en pratique une incarcération sera très difficile à être maintenue et nécessitera un transfert d'urgence en service de réanimation cardiaque aux moindres alertes cardiaques ou non qui ne manqueront pas d'apparaître ». De son côté, le second expert estimait que si « l'état ponctuel de l'intéressé est compatible avec une incarcération, le stress important inhérent à cette dernière peut générer des complications à type de crises douloureuses thoraciques ou des malaises qui justifieront à chaque fois une hospitalisation dans le contexte de l'urgence médicale ». Même si les deux expertises concluaient à la compatibilité du maintien en détention, l'intéressé estimait que la Cour d'appel s'était contredite dans la mesure où les expertises étaient manifestement incohérentes. Néanmoins, la Cour de cassation retenait qu'il n'était pas nécessaire que les deux expertises soient parfaitement identiques tant qu'elles concluaient toutes les deux que le maintien en détention était possible ou non. De plus, les médecins ne connaissent pas toujours la réalité de l'univers carcéral et donc parfois considèrent que l'état de santé est compatible avec le maintien en détention alors qu'il ne l'est pas, eu égard aux conditions réelles de détention.

Désormais, depuis la loi de 2014, la situation est simplifiée car une seule expertise suffit pour décider d'une suspension médicale de peine. L'alinéa 2 de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale dispose que l'expertise joue un rôle déterminant en ce qu'elle lie le juge. En effet, sans expertise, il est impossible pour ce dernier de prononcer cet aménagement de peine. Une deuxième obligation de prendre en considération l'expertise s'impose au juge d'application des peines, et ce en vertu de l'article 712-21 du Code de procédure pénale. Lorsque la personne a été condamnée pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, la suspension médicale ne peut être accordée sans une expertise psychiatrique préalable. En cas de condamnation pour meurtre, assassinat ou viol d'un mineur de quinze ans, l'expertise doit être réalisée par deux experts.

Cela montre l'importance de la parole médicale dans le prononcé de la mesure. Non seulement elle est obligatoire, mais elle est aussi déterminante. Bien que le caractère déterminant de l'expertise médicale soit logique dans la mesure où le juge n'est pas à même d'apprécier la santé du condamné, il n'en demeure pas moins que son rôle s'efface quelque peu devant les conclusions des médecins. En ce sens, le médecin expert peut avoir une influence directe dans l'exécution de la peine.

291. Les difficultés pratiques liées à l'exigence de l'expertise. Etant donné l'impact important que peut avoir l'expertise sur le devenir de l'exécution de la peine, il y a une exigence indéniable de qualité de cette dernière. Cependant, il existe des difficultés pratiques à réaliser l'expertise dans la mesure où l'intéressé est écroué. Pour le médecin, la première difficulté est d'avoir accès au dossier médical de la personne car il faut son accord écrit, éclairé⁹⁶⁸. A défaut de pouvoir consulter le dossier médical, le médecin expert doit se prononcer sans, ce qui constitue une réelle difficulté dans l'évaluation de la pathologie ou de l'état de santé.

La seconde difficulté est liée à l'environnement carcéral. En effet, l'expertise est un acte médical donc elle doit se dérouler dans un local respectant la dignité⁹⁶⁹, le secret médical⁹⁷⁰ ainsi que les préconisations en matière d'hygiène⁹⁷¹. De plus, le médecin doit avoir à sa disposition le matériel nécessaire à l'examen clinique. Néanmoins les conditions de détention ne permettent pas toujours de répondre à ces impératifs⁹⁷². La mission expertale en détention n'est pas aisée et ne répond pas toujours aux exigences déontologiques. Même si l'expertise est obligatoire et nécessaire pour ordonner une suspension médicale de peine, en pratique cette exigence légale souffre de difficultés. Il existe quand même un cas dans lequel l'expertise n'est pas obligatoire.

292. L'absence d'expertise préalable en cas d'urgence. La loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 a ajouté à l'alinéa de l'article 720-1-1 la situation d'urgence. Il dispose désormais, « Toutefois, en cas d'urgence, la suspension peut être ordonnée au vu d'un certificat médical établi par le médecin responsable de la structure sanitaire dans laquelle est pris en charge le détenu ou son remplaçant ». Le simple certificat médical est suffisant pour faciliter la suspension en cas d'urgence vitale donc c'est même si ce n'est pas une expertise, il s'agit encore d'un acte médical qui peut amener à l'aménagement de peine.

Dans tous les cas, pour l'obtention d'une suspension médicale de peine, la parole médicale est fondamentale et conditionne l'octroi d'un aménagement. En la matière, il y a un effacement du rôle du juge au bénéfice du savoir médical, qui se justifie au regard des connaissances de chacun mais qui est critiquable au regard de l'appréciation souveraine du juge.

⁹⁶⁸ Art. 226-13, Code pénal ; Art. L. 1110-4, al. 5, CSP.

⁹⁶⁹ Art. 2, Code de déontologie médicale ; Art. R. 4127-2, CSP.

⁹⁷⁰ Art. 4, Code de déontologie médicale ; Art. R. 4127-4, CSP.

⁹⁷¹ Art. 49, Code de déontologie médicale ; Art. R. 4127-49, CSP.

⁹⁷² M. DE CROUY-CHANEL, E. NOEL, O. SANNIER, « Les aménagements de peine pour raison médicale », AJ pén. 2010, p. 318.

293. Conclusion Chapitre 1. Le recours judiciaire aux soins n'a cessé d'évoluer. Cette évolution démontre qu'il y a un certain engouement du juriste pour les mesures curatives, qui sembleraient pouvoir résoudre les difficultés que rencontre la justice pénale. En ayant recours à des mesures pénales et curatives le législateur opère un dépassement de la sanction pénale classique. La recherche de la complémentarité entre soins et sanction, soigner et punir donne naissance à une certaine « hybridation des peines »⁹⁷³.

Deux préoccupations apparaissent comme majeures dans cette médicalisation de la peine, le respect du principe d'individualisation de la peine et la prévention de la récidive. Cependant, la sollicitation massive des professionnels de santé, conséquence de la généralisation du recours judiciaire aux soins entraîne des difficultés pratiques. En effet, le nombre de médecins travaillant pour la justice fait défaut. Au-delà des difficultés pratiques, les professionnels de santé peuvent rencontrer des difficultés déontologiques en raison du renforcement du recours aux soins contraints.

⁹⁷³ X. PIN, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in *La cohérence des châtiments*, Paris, Dalloz, 2012, p. 81.

Chapitre 2 : Le développement du soin contraint comme peine

294. La difficile conciliation entre consentement et droit pénal. « Consentement et procédure pénale semblent même être antinomiques et leur rapprochement anachronique »⁹⁷⁴. Du droit pénal découle une idée de soumission car l'individu, auteur d'une infraction se soumet à l'autorité judiciaire, qui va le punir pour réparer le trouble causé à l'ordre public. Le droit pénal et la médecine sont fondamentalement opposés. Contrairement à sa place en droit pénal, en matière médicale « le consentement occupe une place centrale dans le déroulement des soins d'un point de vue clinique, juridique et éthique »⁹⁷⁵.

Le sujet du consentement trouve sa place en matière de peine en raison du développement des soins pénalement ordonnés. La difficulté première avec les soins est que ces derniers doivent être acceptés par le patient qui est placé sous-main de justice. Dans l'hypothèse où ce dernier refuserait de se soumettre aux soins pénalement enjoins, la sanction pénale ne serait pas appliquée. Dans le but de promouvoir l'efficacité de la sanction pénale, le législateur permet de contourner le consentement aux soins de la personne condamnée en ayant recours à la contrainte (Section 1). Néanmoins, il existe des limites inhérentes au recours à la contrainte (Section 2).

Section 1 : Le recours à la contrainte

295. La promotion de l'efficacité des sanctions pénales. Par essence, la sanction pénale est imposée, la personne condamnée est soumise au droit pénal car elle s'est rendue coupable d'une infraction. A l'inverse, les mesures de soins sont difficilement imposables à une personne condamnée. En effet, le médical n'impose pas, il propose un traitement adapté à la personne pour la soigner. Toute idée de contrainte est profondément éloignée de celle de soin.

⁹⁷⁴ C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p.29.

⁹⁷⁵ P. HUM, D. BOURY, T. DANIEL, L. DEMAILLY, V. DUJARDIN, C. ETHUIN, F. LEQUIN, F-R PRUVOT, A. RACINE, P. VALETTE, S. VANDOOOLAEGHE, B. WEIL, S. WEILL, « Le refus du soin : forces et faiblesses du consentement », *Ethique & Santé* mars 2015, p. 57.

Cependant, en souhaitant individualiser au mieux les sanctions par la création de mesures de soins, le législateur a dû trouver un moyen de contourner le consentement de la personne condamnée pour que ces mesures soient effectuées. Pour assurer au mieux l'efficacité de la sanction pénale, il faut que ces mesures de soins soient effectivement mises en place et respectées par l'individu. Afin d'atteindre cet objectif, le législateur permet un contournement du consentement (I), ce qui amène à réfléchir sur la nature du consentement contraint (II).

I. Le contournement du consentement

296. Les différentes formes de contrainte. La contrainte peut dans un premier temps être physique. Il est difficilement imaginable que le législateur puisse avoir recours à une contrainte physique pour s'assurer que la personne condamnée effectue la mesure de soins. Pour cette raison, dans les soins pénalement ordonnés, il y a une exclusion de la contrainte directe (A). Toutefois, pour pallier le refus de la personne de se soumettre ou de continuer les soins, le législateur a opté pour le recours à la contrainte indirecte (B).

A. L'exclusion de la contrainte directe

297. La reconnaissance de la liberté de la personne. La personne a le droit de choisir si elle désire se soigner et à qui elle décide de faire confiance pour entreprendre sa démarche thérapeutique. Dans une telle démarche, il existe pour le patient une affirmation du consentement aux soins (1) qui s'inscrit comme une exigence déontologique (2).

1) L'affirmation du consentement aux soins

298. La protection de l'intégrité corporelle. « Le principe du consentement avant toute intervention sur le corps humain n'est entré dans la loi qu'en juillet 1994, avec les lois de bioéthique. Longtemps considéré comme un « principe non écrit du droit », il figure désormais au tout début du Code civil »⁹⁷⁶. En vertu de l'alinéa premier de l'article 16-3 du Code civil, « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». Ledit article

⁹⁷⁶ K. ROSSINI, J-L SENON, H. VEROUX, « Hospitalisation sans consentement : fondements éthiques, contraintes et justice procédurale », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, décembre 2016, p. 834.

prohibe les atteintes à l'intégrité corporelle et exige que seule la nécessité médicale puisse permettre de telles atteintes. L'importance du consentement aux soins semble avoir d'autant plus d'impact lorsqu'on regarde sa place au sein du Code civil. En effet, l'article 16-3 se trouve dans le Livre 1^{er} « Des personnes » et plus précisément dans le Chapitre « Du respect du corps humain » au sein du Titre 1^{er} « Des droits civils ». Cette place de premier ordre élève ce droit « à un niveau presque principiel »⁹⁷⁷.

De plus, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose, « Toute personne prend, avec le professionnel de santé, compte tenu des informations et des préconisations qu'il fournit, les décisions concernant sa santé. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informé des conséquences de son choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ».

Les soins forcés constitueraient alors des atteintes à l'intégrité corporelle. Pour cette raison, il est légalement prévu qu'un individu doit donner son consentement aux soins, ce qui va de pair avec le principe d'intangibilité du corps humain. Quand bien même l'individu serait coupable d'une infraction pénale⁹⁷⁸, le consentement aux soins constitue « un principe général qui, en matière pénale, malgré de nombreuses exceptions liées aux impératifs de la matière, doit l'emporter sur celui de l'obligation aux soins, [...] il correspond à l'idée que l'on se fait des droits inhérents à toute personne humaine, et dont nul ne saurait être privé »⁹⁷⁹.

Ainsi, le consentement « donné pour l'accomplissement d'un acte particulier va contribuer à permettre la poursuite de la relation médicale. Il constitue également une condition préalable à l'accomplissement des soins »⁹⁸⁰. Le patient est « acteur du traitement de sa maladie »⁹⁸¹. Consentir aux soins implique également la possibilité de les refuser⁹⁸², ce qui est prévu à l'alinéa 2 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite loi Kouchner ou loi anti-

⁹⁷⁷ R. PORCHER, « Le consentement en droit médical », in *Le consentement, Actes du colloque de l'Ecole doctorale 461*, Montpellier, Droit & Science politique, Ecole doctorale 461, p. 115.

⁹⁷⁸ P. SALVAGE, « Les soins obligatoires en matière pénale », JCP. 1997, I, 4062.

⁹⁷⁹ X. PIN, *op. cit.*, p. 633.

⁹⁸⁰ F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, Paris, L'Harmattan, coll. Sciences Criminelles, 2003, p. 265.

⁹⁸¹ F. ARCHER, *ibid.*, p. 268.

⁹⁸² CCNE, avis n° 87, « Refus de traitement et autonomie de la personne », 14 avril 2005, p. 4.

Perruche, insistait sur le caractère indispensable du consentement d'une personne à un acte médical ou un traitement.

Le recours à la contrainte physique dans la mise en place des soins ferait encourir une condamnation pour traitement inhumain et dégradant⁹⁸³, en raison de l'article 3 de la CEDH qui dispose « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Cela participe du principe de dignité humaine.

Dans un arrêt du 3 juin 2010⁹⁸⁴, la Cour de cassation rappelait que « l'obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; que le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation ». En l'espèce, il s'agissait d'un patient auquel une sonde avait été posée à la suite d'une incontinence urinaire. Des semaines plus tard, un médecin avait pratiqué une adénectomie prostatique pour éviter un risque d'infection. Néanmoins, cet acte chirurgical avait engendré une impuissance et il apparaissait que le chirurgien n'avait pas alerté le patient sur ces risques, remettant ainsi en question son consentement aux tenants et aboutissants de l'intervention et donc le devoir d'information du praticien. Par conséquent, le manquement à l'obligation d'information constitue une violation de la loi qui ouvre droit à réparation en ce que « le soin sans l'expression du consentement viole un principe constitutionnel, et cette violation doit être sanctionnée, même s'il n'en résulte pas de préjudice »⁹⁸⁵.

2) Le consentement comme exigence déontologique

299. L'examen obligatoire du consentement de la personne. Le consentement du malade aux soins proposés est une exigence déontologique fondamentale⁹⁸⁶. En effet, en vertu des articles R. 4127-36 du Code de la santé publique et 36 du Code de déontologie médicale, « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences ». Le

⁹⁸³ P. MISTRETTA, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », RIDP, 2011, vol. 82, p. 23.

⁹⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n° 09-13.591.

⁹⁸⁵ A. BRONKHORST, « Soins et consentement, le retour aux sources de la Cour de cassation », Droit Déontologie & Soins, novembre 2014, p. 424.

⁹⁸⁶ R. VILLEY, *Déontologie médicale*, Paris, Masson, 1982, p. 58.

professionnel de santé a donc l'obligation de recueillir le consentement du patient pour mettre en place des soins. Dans le cas contraire, le professionnel de santé risque de voir ses responsabilités pénale, civile disciplinaire être engagées.

Depuis l'arrêt Mercier de 1936⁹⁸⁷, le consentement en droit médical est considéré comme étant de nature contractuelle. « S'il existe un contrat médical, le consentement doit alors présenter les caractéristiques classiques exigées par le droit des obligations. En ce sens, il suffirait pour le patient de donner un consentement certain, libre et éclairé pour que la relation médicale rayonne d'un contrat parfait et non vicié »⁹⁸⁸. Cependant, dans certains cas particuliers le consentement aux soins du patient n'est pas obligatoire, et ce dans l'intérêt de la personne, d'autrui ou de l'ordre public.

B. Le recours à la contrainte indirecte

300. Le contournement de la contrainte directe. Dans la mesure où le législateur prévoit un recours judiciaire aux soins dans le traitement des conduites infractionnelles, il a fallu trouver un mécanisme pour pallier l'interdiction de recourir à la contrainte directe. En effet, il est interdit de contourner le consentement aux soins d'un individu sauf dans certains cas particuliers. Partant de ce postulat, comment le législateur pouvait-il garantir la tenue des soins prononcés par l'autorité judiciaire ? Le recours à la coercition semble prohibé, néanmoins, un mécanisme de contrainte indirecte a été mis en place. Ce mécanisme a donné naissance à un certain chantage, car les soins deviennent le prix de la liberté. Le recours à la contrainte se perçoit tout d'abord hors les murs (1) puis dans les murs (2).

1) La contrainte hors les murs

301. L'évolution de la contrainte. Pour commencer, dans le domaine des soins pénalement ordonnés, l'incitation à collaborer aux soins a évolué surtout au niveau de la sémantique, marquant ainsi le passage d'une société disciplinaire à une société post-disciplinaire⁹⁸⁹. En effet,

⁹⁸⁷ Cass. civ. 20 mai 1936, D.P 1936, I, 88, concl. Matter, rapp. Jossierand ; 1937, I, 321, note BRETON ; Gaz. Pal. 1936, II, 41, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1994, n° 93.

⁹⁸⁸ R. PORCHER, *op. cit.*, p. 110.

⁹⁸⁹ M. COUTURIER, « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », RDSS 2014, p. 120.

en 1958, le législateur prévoyait une « obligation » de soins présente désormais à l'article 132-45 du Code pénal. Cette obligation de soins pouvant être spécialement imposée au condamné. Plus tard, en 1998, le législateur créait « l'injonction » de soins, précisant à la personne condamnée « qu'aucun traitement ne pourrait être entrepris sans son consentement ». Certes, la nuance entre « obligation » et « injonction » est infime mais d'une part l'obligation de soins est imposée, alors que d'autre part, un rappel du consentement est opéré, laissant croire que l'individu a sa pleine capacité de prise de décision avec l'injonction de soins⁹⁹⁰.

On remarque alors que depuis la fin du XXème siècle, s'est développée en droit français, « l'incitation à collaborer, de sa place et selon ses besoins, à la gestion des contraintes dans le cadre d'une division de travail entre les instances de domination et ceux qui y sont assujettis »⁹⁹¹.

Ensuite, l'utilisation d'un certain vocabulaire nous démontre que la personne condamnée n'a pas sa pleine liberté de choix quant à son adhésion aux soins proposés par l'autorité judiciaire. Pour cette raison, on parle de soins pénalement ordonnés. Le terme « ordonné » fait apparaître une idée de soumission de la personne. Parmi ces soins pénalement ordonnés, on retrouve l'incitation aux soins, l'obligation de soins et l'injonction de soins. L'incitation veut qu'on entraîne, qu'on pousse quelqu'un à faire quelque chose. L'obligation fait très clairement apparaître l'idée de contraindre et l'injonction celle d'ordonner expressément quelque chose à quelqu'un⁹⁹². Il semble, ni plus ni moins, que ces termes sont des synonymes. Le choix de cette terminologie est édifiant, car la référence à la contrainte est prégnante alors même que le fait de contraindre une personne aux soins est prohibé.

302. Les soins comme alternative au déclenchement de l'action publique. A l'image du mécanisme de contrainte indirecte mis en place dans la recherche de la probatoire, dans le domaine des soins pénalement ordonnés, la contrainte indirecte se matérialise par un chantage, une menace. En effet, le fait pour la personne de refuser les soins proposés par l'autorité judiciaire, constitue une aggravation de son sort. L'acceptation aux soins conditionne alors la liberté de la personne.

⁹⁹⁰ M. COUTURIER, *op. cit.*, p. 120.

⁹⁹¹ R. CASTEL, *La gestion des risques. De l'antipsychiatrie à l'après psychanalyse*, Paris, Ed. de Minuit, 1981, p. 208.

⁹⁹² J-S CAYLA, « L'injonction de soins dans le suivi socio-judiciaire », RDSS 1998, p. 751.

Plusieurs exemples témoignent de cette contrainte indirecte exercée sur la personne. L'injonction thérapeutique créée en 1970⁹⁹³, pouvant être proposée par le procureur de la République aux usagers de stupéfiants, permettait que l'action publique ne soit pas exercée si la personne suivait le traitement médical prescrit⁹⁹⁴. Plus tard, la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales « a permis que les auteurs de violences intrafamiliales puissent désormais faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique »⁹⁹⁵ au titre d'alternative au déclenchement de l'action publique⁹⁹⁶. Dans ces cas, la contrainte indirecte s'exerce sur la personne car elle préférera se soumettre aux soins plutôt que de prendre le risque d'être poursuivie pénalement et de se voir appliquer une sanction plus grave.

303. Les soins comme alternative à l'emprisonnement. En ce qui concerne maintenant le suivi socio-judiciaire, l'article 131-36-1 du Code pénal prévoit qu'en cas d'inobservation des obligations imposées, parmi lesquelles figure l'obligation de se soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation⁹⁹⁷, il pourra y avoir mise à exécution de la peine d'emprisonnement. L'article 131-36-4 du Code pénal le rappelle en disposant « Le président avertit alors le condamné qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement, mais que, s'il refuse les soins qui lui seront proposés, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution ». A la lecture de cet article le consentement est quand même exigé pour éviter toute contrainte directe mais que ce consentement est forcé car qui choisirait la privation de liberté, sanction la plus grave, face à une injonction de soins. Finalement, les soins sont acceptés par crainte de subir une sanction plus grave. La contrainte indirecte n'est pas seulement utilisée hors les murs de la prison mais également dans les murs de la prison comme modalité d'exécution de la peine.

⁹⁹³ Loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses.

⁹⁹⁴ Art. L. 3423-1, CSP.

⁹⁹⁵ X. LAMEYRE, *op. cit.*, p. 71.

⁹⁹⁶ Arts. 41-1, 6° et 41-2, 14°, Code de proc. pén.

⁹⁹⁷ Art. 132-45 3°, Code pénal.

2) La contrainte dans les murs

304. La contrainte comme modalité d'exécution de la peine. La loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale renforce le mécanisme de contrainte indirecte. En matière d'exécution des sentences pénales, le fait de refuser de commencer ou de poursuivre un traitement prescrit par le médecin traitement et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins constitue une violation des obligations qui lui incombent⁹⁹⁸. Ce refus peut entraîner la délivrance d'un mandat d'amener⁹⁹⁹, la suspension d'une mesure de semi-liberté, de placement en extérieur ou de détention sous surveillance électronique¹⁰⁰⁰. De plus, cette inobservation des obligations peut avoir pour conséquence l'incarcération provisoire¹⁰⁰¹, la révocation ou le retrait des mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et de suspension des peines¹⁰⁰². Par ailleurs, il est surprenant que le législateur assimile le fait de refuser de commencer un traitement et le fait de refuser de poursuivre un traitement¹⁰⁰³. Les deux refus entraînent les mêmes conséquences alors qu'*a fortiori*, entre ces deux moments, la situation du condamné peut avoir évolué. Surtout, le législateur assimile à un refus pur et simple de commencer tout traitement, une situation dans laquelle la personne condamnée s'était déjà investie dans le suivi d'un traitement.

Pour ce qui est de l'exécution de la libération conditionnelle, l'article 733 du Code de procédure pénale prévoit qu'en cas « d'inobservation des mesures énoncées dans la décision de mise en liberté conditionnelle, cette décision peut être révoquée » et « constitue pour le condamné une violation des obligations qui lui ont été imposées le fait de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitement et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins, conformément à l'article 731-1 ».

De plus, le soin peut constituer une menace pour la personne condamnée et ce dans le domaine des réductions de peine. En effet, en vertu de l'article 721-1 du Code de procédure pénale, « une réduction supplémentaire de la peine peut être accordée aux condamnés qui manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale ». Parmi ces efforts sérieux de

⁹⁹⁸ Art. 712-21, al. 3, Code de proc. pén.

⁹⁹⁹ Art. 712-17, Code de proc. pén.

¹⁰⁰⁰ Art. 712-18, Code de proc. pén.

¹⁰⁰¹ Art. 712-19, Code de proc. pén.

¹⁰⁰² Art. 712-20, Code de proc. pén.

¹⁰⁰³ M. HERZOG-EVANS, « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », D. 2010, p. 1428.

réadaptation sociale, on retrouve notamment « une thérapie destinée à limiter les risques de récidive ». Dans le cas où la personne condamnée refuserait de suivre une thérapie, cela constituerait un manque d'effort justifiant le refus d'une réduction supplémentaire de peine. Là encore, le législateur cherche l'adhésion aux soins car c'est une condition pour retrouver plus vite la liberté.

Enfin, dans le cas où la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire comprenant une injonction de soins, doit subir une peine privative de liberté, aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement. Cependant, le juge de l'application des peines doit rechercher ce consentement. Autrement dit, il doit insister pour obtenir le consentement car si la personne n'accepte pas de suivre un traitement, l'information doit être renouvelée au moins une fois tous les ans¹⁰⁰⁴. On remarque qu'il y a une réelle insistance pour forcer la personne condamnée à recourir aux soins.

L'existence d'un mécanisme de contrainte indirecte se justifie donc au regard des risques pris par la personne si elle refuse de donner son consentement aux soins. En effet, dans tous les cas, elle subira une aggravation de son sort. Soit l'action publique sera déclenchée, soit une peine d'emprisonnement sera mise à exécution, ou encore elle se verra privée d'une mesure d'aménagement de peine. L'acceptation aux soins pénalement ordonnés devient une monnaie d'échange contre la liberté car le consentement permet de « conjurer l'insupportable privation de liberté »¹⁰⁰⁵. Pour cette raison une question se pose, que vaut le consentement d'une personne qui adhère aux soins en y étant contrainte indirectement ?

II. La nature du consentement contraint

305. La possibilité d'accepter ou de refuser les soins. Bien qu'il existe un mécanisme de contrainte indirecte, les autorités répressives proposent une option au délinquant, qu'il est libre d'accepter ou non. Ne serait-il pas utopique de penser que le choix de l'individu est réellement libre dans la mesure où il accepte en raison d'une contrainte ? Comment peut-on raisonnablement parler de consentement à la sanction alors que le mécanisme de contrainte

¹⁰⁰⁴ Art. 763-7, Code de proc. pén.

¹⁰⁰⁵ N. PELTIER, « Un consentement pleinement libre et éclairé ? », Revue Laennec, Santé Médecine Ethique, 2011, p. 24.

indirecte existe ? Les soins pénalement ordonnés révèlent « un mécanisme original à double détente [...] consistant à inviter le condamner à se soigner dans un premier temps, et à lui enjoindre de le faire dans un second temps »¹⁰⁰⁶.

Parler de consentement à la sanction revient à considérer qu'il y aurait un certain glissement vers une justice pénale négociée (A), dans la mesure où le législateur laisse un choix. Néanmoins, le consentement à la sanction s'éloignerait du consentement classique que connaît le droit privé et en la matière on remarque un recueil contestable du consentement (B).

A. Le glissement vers une justice pénale négociée

306. La reconnaissance de la volonté individuelle. Il existe une certaine privatisation du procès pénal caractérisée par « le renforcement du rôle des acteurs privés à tous les stades du procès pénal et par l'émergence de règles de procédure protégeant davantage des intérêts individuels ou collectifs que l'intérêt général »¹⁰⁰⁷. Il s'agit d'une reconnaissance de la volonté individuelle permettant ainsi de parler de l'émergence d'une justice pénale négociée¹⁰⁰⁸. En matière de médicalisation de la peine, la négociation de la justice passe par la recherche d'un consensualisme (1) qui, poussé à son paroxysme, pourrait laisser croire à une contractualisation de la sanction pénale (2).

1) La recherche d'un consensualisme

307. La participation à la sanction. S'est développé en droit pénal un consensualisme qui peut se définir comme « le principe en vertu duquel magistrats de l'ordre répressif et parties privées, délinquant ou victime, conviennent d'exclure l'application des règles juridiques normalement applicables »¹⁰⁰⁹. Le consensualisme a pour but de « permettre aux parties de modifier le sort de l'action pénale. Elles pourront ainsi, dans certains cas, réduire la poursuite à néant par une sorte de « civilisation de la procédure pénale ». Parce que, dans de nombreux cas, le consensualisme aboutit à une déviation de l'action pénale de sa trajectoire normale, sa

¹⁰⁰⁶ P. DARBEDA, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », RSC 2001, p. 625.

¹⁰⁰⁷ X. PIN, *op. cit.*, p. 245.

¹⁰⁰⁸ V-F TULKENS, « Les voies du droit », in *Procédures pénales d'Europe*, M. DELMAS-MARTY (dir.), Paris, PUF, 1992, p. 551.

¹⁰⁰⁹ J. PRADEL, « Le consensualisme en droit pénal comparé » in *Mélanges en l'honneur d'E. Correia*, Université de Coïmbra, 1988, p. 5.

mise en œuvre suppose le renversement de certains postulats de philosophie pénale qui ont présidé à l'élaboration de nos codes pénaux »¹⁰¹⁰. En pratique, « le consensualisme vient individualiser le traitement d'une infraction. De ce fait il réalise l'objectif d'une humanisation de la justice pénale »¹⁰¹¹.

Contrairement au contrat, « la participation consensuelle procède d'un acte unilatéral d'adhésion à une décision de l'autorité »¹⁰¹². C'est dire qu'existerait une participation consensuelle à la justice, ce qui est paradoxal en droit pénal. En effet, « le substantif « participation » évoque une peine choisie alors que la peine est traditionnellement subie et l'adjectif « consensuel » évoque une peine proposée et acceptée, alors qu'une peine est traditionnellement imposée. Autrement dit, alors que la coercition passe encore pour le critère de la sanction pénale, tant au stade de son prononcé que de son exécution, voici évoquée la possibilité d'une sanction pénale non contrainte, voire de règles de pénalité supplétives de volonté »¹⁰¹³.

L'expression « participation consensuelle » revient à considérer que le délinquant s'engage à quelque chose, à participer à la sanction. En matière d'injonction de soins par exemple, la personne s'engage à suivre un traitement, à défaut de quoi elle sera privée de sa liberté. De la même façon, dans le but d'obtenir une libération conditionnelle, le condamné s'engage à se soumettre à des soins sinon son aménagement de peine sera révoqué. Il s'agit d'une option pour la personne. En effet, la personne accepte de « se soumettre à un ensemble de règles, que les autorités répressives proposent de substituer aux règles normalement applicables. Techniquement, il s'agit d'un acte substitutif, c'est-à-dire unilatéral qui permet d'opter entre différents statuts faits de droits et de devoirs »¹⁰¹⁴. On peut dire que l'accord de la personne à l'option proposée relève du consentement substitutif.

308. L'idée d'un consentement substitutif. La définition du terme substitution est le fait de « mettre quelqu'un, quelque chose en lieu et place de quelqu'un, de quelque chose d'autre. Elle fait apparaître l'idée de remplacement. En droit pénal la substitution peut passer par le remplacement d'une sanction par une autre et donc le consentement préalable à ce

¹⁰¹⁰ J-P EKEU, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, Cujas, 1993, p. 4.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰¹² X. PIN, « La participation consensuelle », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, M. DANTI-JUAN (dir.), Paris, Cujas, 2006, p. 54.

¹⁰¹³ X. PIN, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰¹⁴ X. PIN, *op. cit.*, p. 245.

remplacement serait le consentement substitutif¹⁰¹⁵. Plus précisément, « le consentement substitutif en matière pénale est la manifestation de volonté par laquelle le justiciable accepte la proposition des autorités répressives de remplacer les règles normalement applicables par des règles dérogatoires [...] tout au plus, le consentement est-il décrit comme un moyen de « justice consensuelle » ou comme l'expression d'un « consensualisme » »¹⁰¹⁶. Le mécanisme de justice consensuelle, avec un consentement de type substitutif, donne la possibilité aux autorités répressives, chaque fois que le législateur le prévoit, de proposer une option qu'elles partagent avec le délinquant¹⁰¹⁷.

D'une part, le recours à la négociation « présente des avantages pour les deux parties à l'accord, l'auteur de l'infraction se voit en effet appliquer une peine moins importante que celle normalement encourue, tandis que l'autorité de poursuite fait l'économie d'une recherche de la preuve et fait bénéficier le système pénal d'une réponse plus rapide et moins coûteuse »¹⁰¹⁸. D'autre part, la recherche de l'accord du délinquant correspond « le plus souvent au souci d'optimiser les chances de succès de la mesure entreprise et donc celle de resocialisation de son bénéficiaire dont le sens des responsabilités serait restauré »¹⁰¹⁹. Ce qui répond à l'impératif fixé par l'article 707 du Code procédure pénale en vertu duquel, « Le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions ». Cependant, cet argument selon lequel l'accord, la participation à la sanction promeut les finalités du droit pénal est à nuancer. En effet, « la pédagogie n'implique pas forcément l'accord, elle se nourrit surtout de l'explication ou de l'information. De ce point de vue, une peine imposée et bien expliquée pourrait avoir les mêmes effets qu'une peine proposée et acceptée »¹⁰²⁰, ce qui paraît discutable. En imposant les soins, la question de leur efficacité et de leur compréhension pour le condamné se pose.

¹⁰¹⁵ X. PIN, *op. cit.*, p. 520.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 523.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 543.

¹⁰¹⁸ S-M CABON, *La négociation en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2016, p. 170.

¹⁰¹⁹ M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 375.

¹⁰²⁰ X. PIN, *op. cit.*, p. 33.

2) La contractualisation de la sanction pénale

309. La recherche d'un accord entre autorités répressives et justiciable. Aborder le sujet du consensualisme, sous-entend qu'il y aurait une certaine contractualisation de la sanction pénale et « à une époque où ce qui est imposé unilatéralement est de plus en plus mal ressenti, on peut imaginer que le droit pénal amorce une démarche originale consistant à faire reposer les sanctions, ou du moins certaines d'entre elles, sur le consentement du délinquant »¹⁰²¹. Pour définir le contrat, il faut se référer à la convention qui « vient du latin *conventio* lui-même dérivé de *convenire* qui signifie venir ensemble, être d'accord. Conclure un contrat, une convention, c'est se mettre d'accord sur quelque chose. On s'accorde à définir la convention comme un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit »¹⁰²². Autrement dit, « le contrat est la loi des parties, et la contractualisation la volonté tendue vers la recherche d'une solution juste à un litige, à travers l'accord »¹⁰²³. Parler de contractualisation du droit pénal revient à admettre qu'il existerait une certaine privatisation de la justice dans la mesure où la rencontre des volontés est primordiale. Cette idée alimente une « conception civile de la justice pénale où l'on traiterait par contrat ce qui relève ordinairement de la sanction »¹⁰²⁴, car « parler de consentement en droit pénal c'est opter alors pour une justice négociée au détriment d'une justice imposée »¹⁰²⁵.

La rencontre des volontés pourrait se matérialiser par l'offre formulée par le représentant de l'Etat. En effet, dans les alternatives aux poursuites ou dans les alternatives à l'emprisonnement, le procureur de la République ou le juge fait une offre à l'individu, recourir aux soins pour une amélioration de son sort. S'en suit alors une acceptation ou non du délinquant. S'il y a acceptation de la part de ce dernier, il existe une rencontre des volontés, de laquelle va naître une obligation, dans notre cas de suivre un traitement. Dans le cas où l'obligation ne serait pas honorée, l'individu s'expose à une sanction, le retrait de la mesure qui lui était favorable. A titre d'illustration, certains auteurs affirmaient, en ce qui concerne le suivi socio-judiciaire avec injonction de soins, qu'il aurait été préférable de l'appeler contrat de soin¹⁰²⁶. On pourrait penser que la médicalisation du droit pénal entraîne une contractualisation

¹⁰²¹ P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », RSC 1991, p. 699.

¹⁰²² J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990, p. 147.

¹⁰²³ F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », RSC 2002, p. 501.

¹⁰²⁴ M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 376.

¹⁰²⁵ F. ALT-MAES, *ibid.*, p. 501.

¹⁰²⁶ B. LAVIELLE, « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », RSC 1999, p. 35.

de la sanction pénale donc une transformation profonde de la pénalité. Toutefois, en raison de la nature même du droit pénal, cette hypothèse est contestable.

310. L'incompatibilité manifeste entre contrat et droit pénal. De la notion de contrat découlent le principe d'égalité et la liberté fondamentale de construire une relation qui n'existe pas en droit pénal¹⁰²⁷. En effet, par le biais de la proposition et de l'acceptation des soins, le justiciable et les autorités répressives ne créent pas des droits et obligations réciproques mais ne font qu'aménager leur environnement juridique. Il y a un déséquilibre inévitable en droit pénal en défaveur du délinquant. La position du justiciable ne peut pas être comparée à celle d'un cocontractant car « la relation qu'il a avec les autorités répressives préexiste, elle est une donnée qui le dépasse et qu'il subit, même s'il peut en aménager les contours. C'est précisément l'inverse du contrat, qui consiste à choisir, à construire une relation »¹⁰²⁸. Le justiciable ne donne pas son accord pour s'engager contractuellement mais accepte une alternative *in favorem*. C'est plutôt le fait d'éviter l'emprisonnement auquel il donne son consentement¹⁰²⁹. En effet, « le rôle du co-contractant se ramènerait-il à choisir entre deux propositions dont l'une est pire que l'autre et que lui imposerait son interlocuteur ? »¹⁰³⁰. La réponse à cette question s'avère négative car un contrat ne peut pas naître d'un rapport de force, d'intimidation ou de soumission laissant apparaître un déséquilibre entre les deux parties. Du seul fait du rapport de contrainte qui existe, « il n'est pas possible de considérer que le consentement soit, par nature, suffisamment libre pour reconnaître l'existence d'un véritable contrat [...] La contrainte inhérente à la matière pénale s'oppose à une vision contractuelle de la matière, et ce peu important que cette contrainte ne soit pas constitutive d'une violence au sens du Code civil »¹⁰³¹. Pour ces raisons, certains auteurs estiment qu'il y a une hypocrisie à laisser penser que l'individu a un réel choix à faire¹⁰³². En ce sens, on ne peut pas parler d'un véritable contrat même si le consentement du délinquant va produire des effets.

En droit pénal, la manifestation de volontés est unilatérale car la proposition, la décision émane de l'autorité répressive et seul le justiciable donne son consentement. Il n'existe pas de liberté à contracter pour les autorités répressives car elles ne font qu'appliquer la loi pénale, donc la notion de contrat est fondamentalement inconciliable avec le droit pénal¹⁰³³. Par

¹⁰²⁷ X. PIN, *op. cit.*, p. 539.

¹⁰²⁸ X. PIN, *ibid.*, p. 540.

¹⁰²⁹ P. COUV RAT, « Les trois visages du travail d'intérêt général », RSC 1989, p. 159.

¹⁰³⁰ M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 377.

¹⁰³¹ J-B PERRIER, *La transaction en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2014, p. 446.

¹⁰³² P. COUV RAT, *op. cit.*, p. 376.

¹⁰³³ X. PIN, *op. cit.*, p. 538.

ailleurs, relevant de l'ordre public, ce droit ne doit impérativement pas subir les conséquences des volontés particulières¹⁰³⁴. En effet, « alors que le consentement contractuel est irrévocable et obéit à un régime bien précis, dans l'hypothèse d'une rencontre de consentements substantiels, la volonté peut ne porter que sur l'entreprise de la rencontre, sur la décision de s'entretenir »¹⁰³⁵. Pour ces raisons, il n'est pas possible de parler d'une contractualisation de la sanction pénale. Finalement, plutôt que de parler de consentement, il serait préférable de parler d'acquiescement à la sanction proposée car « il faut tenir le langage de la vérité et du réalisme. La sanction pénale, même la plus axée sur la réinsertion, n'offre pas matière à contracter, et acquiescer n'est pas consentir, tout au moins dans la signification contractuelle du terme »¹⁰³⁶. Dans tous les cas, même à supposer que « les conditions dans lesquelles l'agent pénal est amené à exprimer son consentement coïncident avec les termes d'une convention, il manquerait encore à cette dernière une condition essentielle à sa validité : celle d'avoir procédé d'une volonté libre et éclairée »¹⁰³⁷. Le recueil du consentement du justiciable n'est pas sans soulever des difficultés en matière de soins pénalement ordonnés.

B. Le recueil contestable du consentement

311. La recherche de la réalité du consentement. Bien que le consentement aux soins pénalement ordonnés soit contraint indirectement, il semble quand même être une réalité. Il ne relève néanmoins pas d'une volonté totalement libre et éclairée, ce qui amène à rechercher un vice du consentement (1). Pour prouver la réalité du consentement, il faut aussi en étudier ses modalités (2).

1) La recherche d'un vice du consentement

312. Les différents vices du consentement. Le Code civil prévoit trois vices du consentement, l'erreur, le dol et la violence¹⁰³⁸. En effet, pour qu'un contrat « se forme valablement, il ne suffit pas que le consentement émane d'individus en pleine possession de leurs facultés mentales, il faut encore qu'il présente certaines qualités. Contracter ce n'est pas

¹⁰³⁴ P. SALVAGE, *op. cit.*, p. 699.

¹⁰³⁵ S-M CABON, *op. cit.*, p. 241.

¹⁰³⁶ M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 381.

¹⁰³⁷ M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 377.

¹⁰³⁸ Art. 1130, al. 1, Code civil.

seulement consentir, c'est consentir en pleine connaissance de cause et librement »¹⁰³⁹. L'erreur de droit ou du fait doit porter sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant¹⁰⁴⁰. « Elle consiste dans l'idée fausse que se fait un contractant de tel ou tel élément de celui-ci [...] il existe une grande variété d'erreurs possibles : erreur sur l'objet des obligations qui naissent du contrat, erreur sur la valeur des prestations promises, erreur sur la personne avec laquelle on contracte, erreur sur les motifs du contrats ... »¹⁰⁴¹. Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre partie par des manœuvres ou des mensonges, ou encore, de dissimuler intentionnellement une information qu'il sait être déterminante pour l'autre partie¹⁰⁴². La théorie du dol « reflète une dualité de conceptions : le Code fait du dol un vice du consentement, mais l'idée romaine du dol équivalant à un délit n'est pas éliminée. De là une double approche : le dol suppose de la part de son auteur un acte de déloyauté lors de la conclusion du contrat, c'est l'aspect délictuel, dont il résulte chez la victime un vice du consentement, c'est l'aspect psychologique »¹⁰⁴³. Enfin, le législateur estime qu'il y a violence « lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celle de ses proches à un mal considérable »¹⁰⁴⁴. C'est-à-dire que « sont concernés tous les comportements qui contraignent un contractant à contracter, soit par violence physique directe, soit plus couramment au moyen de menaces sur la personne de l'intéressé, contre ses biens ou sur des tiers »¹⁰⁴⁵.

Dans les soins pénalement ordonnés, le vice du consentement qui pourrait être visé est la violence car avec cette dernière, le consentement est contraint. Il apparaît que « dans le cas soins ordonnés, la substance du consentement est hétéronome car elle est altérée par la supervision exercée par un tiers susceptible de faire produire des conséquences juridiques préjudiciables à un éventuel refus »¹⁰⁴⁶. En effet, en reprenant la définition civiliste de la violence, l'infracteur s'engage à suivre des soins sous la pression d'une contrainte indirecte. Cette dernière le pousse à accepter les soins car sinon il s'expose à un mal considérable à savoir le déclenchement de l'action publique ou encore plus grave, la privation de liberté. Certains

¹⁰³⁹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2018, p. 306.

¹⁰⁴⁰ Art. 1132, Code civil.

¹⁰⁴¹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 309.

¹⁰⁴² Art. 1137, Code civil.

¹⁰⁴³ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 335.

¹⁰⁴⁴ Art. 1140, Code civil.

¹⁰⁴⁵ A. BENABENT, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 2021, p. 105.

¹⁰⁴⁶ M. COUTURIER, *op. cit.*, p. 120.

auteurs parlent d'une « illusion du consentement »¹⁰⁴⁷. De plus, la violence s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné¹⁰⁴⁸. Le consentement est nécessairement donné dans le souci d'éviter une aggravation du sort, le délinquant ne se trouve pas dans la même situation que n'importe quel contractant car il y a un déséquilibre évident, l'inégalité est constatée¹⁰⁴⁹ parce que « la procédure pénale, à la différence du droit des obligations engage une constante pression sur le particulier »¹⁰⁵⁰. Le consentement « s'apparente davantage à une capitulation plutôt qu'à une manifestation véritable de volonté »¹⁰⁵¹. Il s'agit d'une menace de poursuites ou d'exécution d'une peine qui ne saurait en théorie être apparentée à une violence si elle n'est pas illégitime¹⁰⁵².

Cependant, l'article 1141 du Code civil, à propos de la violence dispose « La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but légitime ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif ». L'application d'une sanction pénale est une menace d'une voie de droit. Le tout étant de savoir si elle est exercée ou invoquée pour obtenir un avantage manifestement excessif. Or, si on se place du côté de la préservation de l'ordre public et l'objectif de prévention de la récidive en droit pénal, la contrainte indirecte ne serait pas un mécanisme disproportionné par rapport aux objectifs poursuivis qui sont légitimes¹⁰⁵³. Par ailleurs, en droit pénal, il y a nécessairement un rapport de soumission de l'individu qui commet une infraction et l'autorité qui lui inflige une sanction.

Néanmoins, en ce qui concerne les traitements inhibiteurs de libido, au regard des risques pour la santé de la personne, on pourrait admettre qu'il existe un risque disproportionné avec le but poursuivi. En effet, parmi les différents effets indésirables, on retrouve des effets métaboliques comme l'hypercholestérolémie ou l'hypertension artérielle, des troubles osseux (ostéoporose), des effets psychiatriques type dépression, l'irritabilité ou l'insomnie, des troubles vasculaires (thrombose), des effets dermatologiques (sécheresse, perte de pilosité) ; mais aussi des migraines, des sudations nocturnes et d'autres encore¹⁰⁵⁴. Ces effets indésirables constituent de véritables risques parfois vitaux pour la personne qui y consent indirectement.

¹⁰⁴⁷ P. MISTRETTA, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁴⁸ Art. 1130, al. 2, Code civil.

¹⁰⁴⁹ J-B PERRIER, *op. cit.*, p. 445.

¹⁰⁵⁰ W. EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, Thèse, Lyon III, 2005, n°182.

¹⁰⁵¹ S-M CABON, *op. cit.*, p. 268.

¹⁰⁵² J-B PERRIER, *ibid.* p. 442.

¹⁰⁵³ D. VIRIOT-BARRIAL, *op. cit.*, p. 299.

¹⁰⁵⁴ S. AROUDJ, A. BARATTA, *op. cit.*, p. 580.

En se positionnant du côté de la santé de l'individu, il semble que la contrainte indirecte peut constituer une violence du consentement qui n'est pas une atteinte proportionnée et légitime par rapport au but poursuivi.

De plus, « en droit pharmaceutique, tout malade est censé avoir accepté les risques liés aux médicaments qu'il absorbe dès lors que, ayant été clairement informé de ceux-ci »¹⁰⁵⁵, il donne son « consentement éclairé de nature à exonérer le laboratoire fabricant ou distributeur du médicament ou du professionnel qui serait mis en cause »¹⁰⁵⁶. Cependant, dans la mesure où la personne n'adhère pas totalement librement au traitement, elle ne semble pas non plus accepter librement les risques liés à cette prise médicamenteuse. Cela pourrait avoir pour conséquence d'engager la responsabilité de l'Etat. De surcroît, les modalités de recueil du consentement ont été assouplies.

2) Les modalités du consentement

313. L'ignorance du consentement. Depuis la loi du 10 mars 2010, l'alinéa 2 de l'article 706-47-1 ainsi que le dernier alinéa de l'article L. 3711-3 du Code de la santé publique allègent le recueil du consentement de la personne condamnée car ils prévoient que « le médecin traitant peut prescrire tout traitement indiqué pour le soin du condamné y compris des médicaments inhibiteurs de libido ». La possibilité de prescrire un tel traitement, jusqu'ici prévu seulement par le Code de la santé publique, est intégré au Code de procédure pénale¹⁰⁵⁷. En tant que tel, le médecin traitant n'a même plus besoin de recueillir le consentement du condamné pour lui prescrire un traitement inhibiteur de libido. Avant 2010, et sous l'empire de la loi du 12 décembre 2005¹⁰⁵⁸, il était prévu que le consentement soit donné par écrit et renouvelé au moins une fois par an.

Désormais, tel n'est plus le cas, le consentement libre de la personne n'est plus une exigence et le législateur promeut le recours au mécanisme de contrainte indirecte. On peut « légitimement s'inquiéter de cette moindre considération du consentement de l'intéressé en

¹⁰⁵⁵ M. COUTURIER, *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁵⁶ J-A ROBERT, A. REGNIAULT, « Les effets indésirables des médicaments : information et responsabilités », D. 2004, p. 510.

¹⁰⁵⁷ A-G ROBERT, *op. cit.*, p. 929.

¹⁰⁵⁸ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement des infractions pénales.

présence d'un traitement qui, non seulement porte une atteinte grave à l'intégrité corporelle de celui qui s'y soumet, mais comporte également des effets secondaires non négligeables »¹⁰⁵⁹.

De plus, l'article 132-45 du Code pénal prévoit que « La juridiction de condamnation ou le juge d'application des peines peut imposer spécialement au condamné l'observation » de l'une ou de plusieurs obligations parmi lesquelles on retrouve la soumission à un traitement ou à des soins. Dans ce cas, il n'y a même pas de référence au recueil du consentement car il est totalement ignoré. Cet article est une illustration parfaite des soins imposés.

Par ailleurs, le Code pénal ne fait pas référence à la forme du consentement. Il ne précise pas si le consentement doit être écrit ou oral. A titre d'exemple, l'article 131-36-4 prévoit qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans le consentement de la personne condamnée. En revanche, il ne précise pas de quelle manière ce consentement doit être recueilli.

La preuve du consentement du justiciable à la mesure de soin est donc très difficile à rapporter. Les modalités de recueil du consentement laissent entrevoir ce rapport de soumission qui existe indéniablement en procédure pénale entre les autorités répressives d'une part et la personne mise en cause, poursuivie ou condamnée d'autre part. Le consentement contraint ne peut définitivement pas être comparé au consentement nécessaire à l'élaboration d'un contrat. Il existe certes la recherche d'un consensualisme en droit pénal mais qui n'est qu'apparent car le soin est accepté faute de mieux, et plus précisément pour s'éloigner du pire. Même si le législateur impose de rechercher le consentement, il n'en demeure pas moins que l'option proposée au délinquant reste toujours teintée d'une forme de contrainte, indirecte, ce qui suit l'essence même du droit pénal, un droit de contrainte, auquel l'infracteur est soumis.

Il faudrait peut-être « introduire un nouveau vocabulaire pour distinguer le consentement traditionnel du malade de celui de la personne soumise à une injonction de soin »¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁹ A-G ROBERT, *op. cit.*, p. 929.

¹⁰⁶⁰ M. COUTURIER, *op. cit.*, p. 120.

Section 2 : Les limites du recours à la contrainte

314. Les sanctions hybrides imparfaites. Le droit pénal se confronte à une difficulté inévitable : celle du recueil du consentement. En permettant de détourner voire de contraindre le consentement, le législateur génère alors une deuxième difficulté, celle de l'efficacité des soins.

Dans la démarche thérapeutique, l'exigence du consentement n'a pas seulement une importance dans un souci de respecter les dispositions légales. Le consentement peut être garant de l'issue favorable des soins, ce qui démontre une efficacité relative des soins contraints (I). Toutefois, ce n'est pas la seule raison qui permet d'affirmer que le mécanisme de contrainte manque de cohérence dans la mesure où on est aussi en présence d'une durée contestable des soins contraints (II).

I. L'efficacité relative des soins contraints

315. La recherche d'une action complémentaire. L'article 66 de la Constitution prévoit que l'autorité judiciaire est garante de la liberté individuelle. L'article 2 du Code de déontologie médicale dispose quant à lui que le médecin est au service de l'individu et de la santé publique. A la lecture de ces articles, une complémentarité entre justice et médecine ne semble pas impossible, le but étant qu'en matière de soins pénalement ordonnés, ils mènent leurs interventions de façon codicillaire. Néanmoins, le défaut de consentement aux soins engendre des effets (A). De même que le lien qui doit exister entre médecin et patient est nécessairement biaisé par le renforcement des mesures de contrôle (B).

A. Les effets du défaut de consentement aux soins

316. Le déroulement idéal de la démarche thérapeutique. Un individu s'engage normalement volontairement dans une démarche thérapeutique. Il choisit le praticien avec qui il décide d'entreprendre un traitement et avec lequel il aura un échange libre et non contraint. Cette démarche classique est idéale dans l'espoir que les soins réussissent, ce sont les effets du consentement aux soins qui agissent sur la relation de confiance (2).

1) Les effets du consentement aux soins

317. La recherche de justification aux soins contraints. A première vue, le soin et la sanction sont diamétralement opposés dans la mesure où il y a un principe de consentement aux soins alors que la sanction pénale est imposée. Malgré une recherche du consentement de la personne, il s'avère que l'acceptation des soins est guidée par la crainte. Il faut souligner que « la majorité des délinquants de toutes natures d'infractions confondues, pensent ne pas avoir besoin de soins. Pour autant, s'il n'existe, de manière générale, qu'un faible pourcentage de demande spontanée, il existe aussi un très fort taux d'acceptation, sur incitation ou injonction »¹⁰⁶¹. Dans la mesure où « l'injonction devient une menace »¹⁰⁶², il y a un risque que la personne ne s'investisse pas totalement volontairement dans une démarche thérapeutique.

Selon certains professionnels de la santé mentale le fait de contraindre la personne aux soins n'était pas nécessairement une mauvaise chose. En effet, « les médecins psychiatres spécialisés dans le traitement d'auteurs de violences sexuelles estimaient que ces personnes avaient besoin d'une forme d'incitation judiciaire suffisamment ferme pour accepter des soins et qu'il n'était pas du devoir du Gouvernement de prendre en cette matière toutes ses responsabilités, en mettant en place l'arsenal législatif le mieux à même de permettre l'application, dans un cadre de contrainte judiciaire, de thérapies médicales »¹⁰⁶³.

Par ailleurs, pour l'auteur de l'infraction qui refuserait dans la vie de tous les jours de s'investir dans une démarche thérapeutique, « la confrontation à la justice pour l'acte commis et prouvé est chose nécessaire pour lever le déni et contraindre le mis en cause à s'interroger sur son propre fonctionnement »¹⁰⁶⁴. Idéalement, la recherche du consentement dans le processus de soin a pour but de démontrer à la personne qu'elle a encore son autonomie, soumise initialement à la loi pénale, elle est la seule à décider de s'engager dans une démarche curative¹⁰⁶⁵, c'est le « paradoxe de l'autonomie et de la fragilité »¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶¹ B. LAVIELLE, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁶² D. DURAND-POUDRET, « De l'incitation aux soins psychiatriques en prison », in *Violences sexuelles. Le soin sous contrôle judiciaire*, A. CIAVALDINI (dir.), Paris, In Press, coll. Explorations psychanalytiques, 2003, p. 76.

¹⁰⁶³ J. CASTAIGNEDE, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁶⁴ C. BALIER, C. PARAYRE, C. PARIILLON, *Traitement et suivi médical des auteurs de délits et crimes sexuels*, Rapport du ministère de la Santé et du ministère de la Justice, 1995, p. 35

¹⁰⁶⁵ X. LAMEYRE, *op. cit.*, p. 521.

¹⁰⁶⁶ P. RICOEUR, « Autonomie et vulnérabilité », in *La justice et le mal*, A. GARAPON, D. SALAS (dir.), Paris, O. Jacob, coll. Opus, 1997, p. 166.

318. Le délinquant au cœur de la démarche thérapeutique. Le consentement de la personne est recherché car le législateur a souhaité que le délinquant soit l'acteur principal de ces processus¹⁰⁶⁷. L'appel au consentement correspond « le plus souvent au souci d'optimiser les chances de succès de la mesure entreprise et donc celle de resocialisation de son bénéficiaire dans le sens des responsabilités serait restauré »¹⁰⁶⁸. D'autant que l'article 36 du Code de déontologie médicale prévoit que « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas », et ce lorsqu'elle est capable d'exprimer sa volonté. De surcroît, une démarche thérapeutique admise et comprise a plus de chances d'aboutir contrairement à celle qui sera forcée et imposée, le risque étant qu'un certain nombre de consentements soit donné pour espérer ne pas subir un allongement de la peine d'emprisonnement¹⁰⁶⁹. En effet, « tant que le traitement n'est pas vécu comme assumé volontairement par la personne, il risque d'être ressenti comme une contrainte insupportable à laquelle le sujet tentera d'échapper »¹⁰⁷⁰.

Néanmoins, le consentement contraint peut avoir pour conséquence des thérapies contreproductives car « le sujet vient confier à son pseudo-thérapeute des messages rassurants à l'intention du juge de l'application des peines »¹⁰⁷¹, uniquement dans le but de satisfaire les obligations que la justice lui a imposé. En effet, les soignants connaissent « déjà le caractère stratégique de certaines demandes émanant de détenus plus soucieux d'obtenir par ce biais un aménagement de leur peine que de s'engager dans une authentique démarche de soins. Dans ce cas, les thérapies sont vides »¹⁰⁷². De plus, « les soignants vivent difficilement l'accueil de publics qui ne se cachent pas toujours d'une démarche purement opportuniste, de leur désintérêt pour une réelle démarche thérapeutique, ou qui n'adoptent pas le discours ou les attitudes attendues d'un "bon patient", censé manifester sa souffrance »¹⁰⁷³. La personne se trouve alors dans une posture de soumission passive et voit en la thérapie un caractère purement utilitaire. La nécessité de l'adhésion libre aux soins n'est pas un argument juridique mais avant tout un

¹⁰⁶⁷ J. CASTAIGNEDE, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁶⁸ M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 375.

¹⁰⁶⁹ B. LAVIELLE, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁷⁰ CCNE, avis n° 87, « Refus de traitement et autonomie de la personne », 14 avril 2005, p. 522.

¹⁰⁷¹ E. ARCHER, « Le traitement psychiatrique des auteurs d'agressions sexuelles », Jérico (bulletin de l'Association nationale des visiteurs de prison), 1999, n° 179, pp. 9-12.

¹⁰⁷² X. LAMEYRE, *op. cit.*, p. 521.

¹⁰⁷³ J-M DELARUE, « Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge », Rapport de la Commission d'audition du 17 juin 2018, Paris, Audition publique, p. 65.

argument d'ordre médical, c'est le consentement libre aux soins qui permet d'augmenter les chances qu'un traitement porte ses fruits¹⁰⁷⁴.

2) Les effets de la relation de confiance

319. La confiance comme gage de réussite. Dans une démarche thérapeutique classique, le patient est guidé par le praticien, il est éclairé par ce dernier.¹⁰⁷⁵ Le consentement a un caractère relationnel en ce qu'il repose sur une relation entre un patient et un médecin que le premier a choisi et auquel il accorde sa confiance¹⁰⁷⁶. La confiance « est au cœur de la relation médecin-malade. Elle est à la base du pacte de soin »¹⁰⁷⁷. Grâce à la relation de confiance une évaluation des risques se rencontre¹⁰⁷⁸. Dans la logique des soins pénalement ordonnés, c'est l'autorité répressive qui impose, sans consulter le justiciable, le « patient » en amont. Le justiciable n'est assurément pas un patient comme les autres, car il n'est pas initialement dans une démarche thérapeutique d'écoute et de conseil. La confiance tient un rôle fondamental dans la relation médecin-patient, au niveau interpersonnel, elle permettrait d'améliorer les effets thérapeutiques. En effet, des études ont démontré l'influence indirecte de la confiance dans le succès des traitements, plus précisément que le fait d'adhérer au traitement est un gage de performance de qualité de celui-ci¹⁰⁷⁹.

Toutefois, même si les soins sont pénalement ordonnés, la personne condamnée conserve son droit de libre choix du médecin prévu à l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique dans la mesure où elle a la possibilité de choisir le médecin traitant. En vertu dudit article, « le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire » et ce droit est respecté par le droit pénal. En ce qui concerne l'injonction thérapeutique, l'article L. 3413-2 du Code de la santé publique prévoit que, « le professionnel de santé désigné invite l'intéressé à se présenter auprès d'un centre de soins, d'accompagnement et prévention en addictologie ou d'un médecin de son choix ». Pour le cas de l'injonction de soins, l'article L. 3711-1 du même Code prévoit que le médecin coordonnateur se doit « d'inviter le condamné [...] à choisir un médecin traitant ». Il y a une

¹⁰⁷⁴ X. PIN, *op. cit.*, p. 636.

¹⁰⁷⁵ Arts. 7, Code de déontologie médicale ; R. 4127-7, CSP.

¹⁰⁷⁶ P. HUM, D. BOURY, T. DANIEL, L. DEMAILLY, V. DUJARDIN, C. ETHUIN, F. LEQUIN, F-R PRUVOT, A. RACINE, P. VALETTE, S. VANDOOOLAEGHE, B. WEIL, S. WEIL, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁷⁷ P. BIZOUAM, « Le médecin, le malade et la confiance », *Ethique & Santé*, septembre 2008, p. 165.

¹⁰⁷⁸ P. BIZOUAM, *ibid.*, p. 166.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 170.

nuance dans l'injonction de soins car ce droit n'est pas absolu. En effet, « il existe un contrôle sur le choix de la personne quant à son médecin traitant, opéré par le médecin coordonnateur »¹⁰⁸⁰, il peut « refuser d'avaliser le choix du médecin traitant par la personne s'il estime que celui-ci n'est manifestement pas en mesure d'assurer la prise en charge de cette dernière »¹⁰⁸¹.

Ensuite, « consentir, c'est avoir la possibilité de refuser, c'est aussi savoir qu'il est toujours possible de demander des précisions, de réviser son point de vue sur les traitements »¹⁰⁸². Cependant, lorsque les soins sont imposés par l'autorité judiciaire, le justiciable n'a pas cette faculté de discuter en amont d'une thérapie car elle lui est ordonnée. Le fait de ne pas avoir de démarche thérapeutique spontanée fausse le lien de confiance nécessaire devant s'établir entre le praticien et le patient. En la matière, l'individu ne choisit pas spontanément la personne qui va lui enjoindre des soins, et elle ne décide pas totalement volontairement de prendre un traitement.

Pour ces raisons, il n'existe pas de réelle relation de confiance entre le praticien missionné par la justice et l'individu soumis aux soins. Dès le départ, non seulement la démarche thérapeutique est faussée mais la relation entre ces deux protagonistes aussi. Cela sous-entend donc que les soins pénalement ordonnés auraient moins de chance d'être efficaces que des soins prodigués normalement. Surtout que la plupart des soins décidés par les autorités répressives relèvent de la compétence des professionnels de la santé mentale, qui par la particularité de leur spécialité, doivent encore plus établir une relation de confiance avec leur patient. Ils ont alors la charge de transformer l'injonction judiciaire en une véritable démarche d'adhésion.

Pour pallier cette contrainte parfois considérée comme démesurée, et ainsi rétablir une relation de confiance avec le patient-délinquant, les praticiens qui travaillent avec les personnes placées sous-main de justice, s'engagent dans des relations individuelles foncièrement humanistes, en ayant pleinement conscience que la tâche sera difficile et les conséquences incertaines¹⁰⁸³. Cependant, il semble d'autant plus difficile pour les professionnels de santé de

¹⁰⁸⁰ J-P VAUTHIER, *op. cit.*, p. 296.

¹⁰⁸¹ Art. R. 3711-12 al. 4, CSP.

¹⁰⁸² P. HUM, D. BOURY, T. DANIEL, L. DEMAILLY, V. DUJARDIN, C. ETHUIN, F. LEQUIN, F-R PRUVOT, A. RACINE, P. VALETTE, S. VANDOOOLAEGHE, B. WEIL, S. WEIL, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁸³ X. LAMEYRE, *op. cit.*, p. 71.

sortir de ce climat austère dans la mesure où le législateur renforce les mesures de contrôle, donnant ainsi un droit de regard au juge de l'application des peines sur les thérapies entreprises.

B. Le renforcement des mesures de contrôle

320. Le désir de garantir l'effectivité de la sanction pénale. Les soins pénalement ordonnés sont des mesures particulières puisqu'elles font intervenir des professionnels étrangers aux autorités répressives. Bien que les professionnels de santé soient extérieurs à la justice, il n'en demeure pas moins que pour que la mesure pénalement prononcée soit efficace il faut qu'elle soit mise en œuvre et exécutée correctement. Pour cela, le juge de l'application des peines veille à l'exécution des peines, il en assure le contrôle.

En ce qui concerne les mesures de soins, même si le médecin est lié par le secret professionnel, le législateur permet aux autorités répressives d'en contrôler l'exécution en prévoyant une levée du secret médical (1) qui a pour conséquence une altération significative du lien de confiance (2).

1) La levée du secret médical

321. Le secret garant du lien de confiance. Dans le serment d'Hippocrate on retrouve la référence au secret, « Quoi que je voie ou que j'entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas ». Sans le secret, la relation médecin-patient serait dépourvue de confiance et par-là, de confidences¹⁰⁸⁴. Le secret médical permet de consolider la relation de confiance entre le patient et le praticien, et par ses confidences, le premier permet au second de prodiguer les soins les plus adéquats¹⁰⁸⁵. Concernant son étendue, le secret « couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié mais aussi ce qu'il a vu, entendu et compris. Le secret couvre l'ensemble des informations médicales et individuelles au sens

¹⁰⁸⁴ S. DUVAL, « Cinq décisions de justice pour comprendre le secret médical », *Déontologie & Soins*, décembre 2013, p. 486.

¹⁰⁸⁵ S. DELPOUS, G. BENHESSA, L. BERETZ, « Aspects historiques et juridiques du secret médical », *Le Pharmacien Hospitalier et Clinicien*, septembre 2013, p. 198.

large. On attend donc du médecin une discrétion totale, même sur ce qu'il peut déduire des propos du patient ou de ses constatations et sur les éléments non médicaux »¹⁰⁸⁶.

Depuis 1810, le Code pénal sanctionne l'atteinte au secret professionnel, initialement à l'ancien article 378 qui est désormais l'article 226-13. Ce dernier dispose « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». De même, l'article 4 du Code de déontologie médicale repris à l'article R. 4127-4 du Code de la santé publique prévoit que « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris ». Au-delà d'être un devoir du praticien, le respect du secret est aussi un droit du patient¹⁰⁸⁷. Même si le secret médical est protégé et sa violation sanctionnée pénalement, il n'en demeure pas moins que dans certaines circonstances, le législateur autorise la levée de ce dernier¹⁰⁸⁸. Le secret s'efface alors devant l'ordre public¹⁰⁸⁹.

Cependant, dans les soins pénalement ordonnés, le secret médical est-il toujours effectif ? Existe-t-il une possibilité de lever le secret médical ? En la matière la question est particulière car les soins sont initialement décidés par l'autorité répressive, donc il est nécessaire de rendre compte au juge de l'application des peines du bon déroulement de la mesure. D'une part le droit de regard de la justice sur les soins est logique dans la mesure où ces derniers sont imposés. D'autre part, il semble que si les mesures de contrôle sont trop contraignantes pour les professionnels de santé, aucune relation de confiance ne peut s'installer entre eux et les délinquants, alors même que cette relation de confiance est essentielle pour l'efficacité de la démarche thérapeutique. En effet, « le secret est la pierre angulaire de la confiance du profane, confiance indispensable au bon fonctionnement de certaines professions dont le rôle est jugé indispensable au bien commun de la société »¹⁰⁹⁰, tel est le cas des professions médicales.

322. L'existence d'une information. Le législateur a néanmoins décidé de renforcer les mesures de contrôle avec l'article L. 3711-3 du Code de la santé publique. En vertu dudit article,

¹⁰⁸⁶ C. MANAOUIL, C. ROUGE-MAILLART, « Le secret professionnel du médecin », La Revue de Médecine Légale, septembre 2019, p. 119.

¹⁰⁸⁷ B. PY, *op. cit.*, AJ pén. 2021, p. 421.

¹⁰⁸⁸ Art. 226-14, Code pénal.

¹⁰⁸⁹ B. PY, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁹⁰ B. PY, *op. cit.*, p. 12.

le médecin traitant est habilité à révéler au juge ou à l'agent de probation l'interruption du traitement, lorsque cette dernière intervient contre son avis. Initialement, l'Assemblée nationale avait voté en première lecture que cette levée du secret ne devait concerner que l'interruption des traitements inhibiteurs de libido, ce qui a été rejeté sur le conseil de médecins par le Sénat¹⁰⁹¹. La disposition s'applique donc pour tout type de traitement. On constate l'existence d'un effacement du secret médical motivé par le contrôle de l'exécution de la sanction. En effet, « les hypothèses dans lesquelles le professionnel est autorisé à dénoncer les faits secrets se multiplient »¹⁰⁹².

Il faut tout de même préciser que ledit article laisse apparaître une nuance. Il semble qu'il soit possible pour le professionnel de santé de se soustraire à cette révélation au juge de l'application des peines ou à l'agent de probation. En effet, dans l'hypothèse où l'interruption du traitement interviendrait en accord avec l'avis du médecin, ce dernier n'aurait pas l'obligation de lever le secret médical en révélant cette information. Autrement dit, en cas de conflit avec son patient, le médecin traitant pourrait quand même se soustraire à cette révélation, tout simplement en gardant le silence. En pratique, il existe donc quand même une possibilité pour le médecin traitant de préserver le secret médical et donc le lien de confiance. Il s'agit ici d'une forme d'option de conscience¹⁰⁹³. L'option de conscience concerne traditionnellement l'hypothèse du médecin qui ne révèle pas le secret dans le but de protéger les intérêts de la victime¹⁰⁹⁴. Le professionnel de santé ne protège pas les intérêts d'une victime mais d'une personne condamnée.

Néanmoins, l'intégration de cette levée du secret médical, prévue par le législateur comporte des risques car elle peut engendrer une altération significative du lien de confiance entre le professionnel de santé et son patient.

2) L'altération significative du lien de confiance

323. La mise à l'écart de l'interface santé / justice. Lorsqu'une injonction de soins est prononcée, le médecin coordonnateur est un pivot car il est l'interface entre le juge de l'application des peines et le médecin traitant. Grâce à l'action du médecin coordonnateur, il

¹⁰⁹¹ J-H ROBERT, « Récidive législative, commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », Dr. pén. mai 2010, p 8.

¹⁰⁹² B. PY, « Le secret professionnel : une obligation de parler », JA 2008, n° 386, p. 15.

¹⁰⁹³ B. PY, *Le secret professionnel*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 114.

¹⁰⁹⁴ B. PY, « Le secret professionnel : une obligation de parler », JA 2008, n° 386, p. 15.

n'y a pas de rapport direct entre le médecin traitant qui suit le condamné et les autorités répressives. Le médecin coordonnateur a un rôle de conseil, de transmission d'information au juge de l'application des peines, des éléments nécessaires au contrôle de l'injonction de soins mais aussi un rôle d'information pour le condamné¹⁰⁹⁵. Plus précisément, sa missions a deux dimensions, « une dimension « administrative » de contrôle et de transmission de pièces ; une dimension « médicale » évaluative »¹⁰⁹⁶. Finalement, il hiérarchise les besoins et les priorités¹⁰⁹⁷.

Avec la création du médecin coordonnateur, le médecin traitant conserve toute son indépendance vis-à-vis de la justice car il n'aurait légalement pas pu être auxiliaire de justice et médecin traitant d'un même malade¹⁰⁹⁸. Il existe une certaine difficulté à organiser une collaboration efficace entre juges et médecins, « les premiers reprochant aux seconds leur secret, ces derniers renvoyant aux premiers leur curiosité »¹⁰⁹⁹. La création du médecin coordonnateur permet de pallier les craintes et réticences des professionnels de santé à travailler avec la justice, soucieux de garantir leurs règles déontologiques. La relation triangulaire, juge de l'application des peines, médecin coordonnateur et médecin traitant permettait donc de préserver la qualité de la relation de soins et la nécessité du contrôle¹¹⁰⁰.

Toutefois, l'article L. 3711-3 du Code de la santé publique ignore cette interface entre la santé et la justice. En effet, il donne la possibilité au médecin traitant de passer outre la sollicitation du médecin coordonnateur pour directement s'adresser aux autorités répressives alors même que ce dernier garantit « un cadre thérapeutique et un secret professionnel aux professionnels du soin »¹¹⁰¹. Cependant, cette disposition ignore l'essence même de la création du médecin coordonnateur qui justement permet au médecin traitant de garder toute son indépendance vis-à-vis de la justice.

De plus, l'intégration d'une possibilité d'information fait naître un conflit entre le médecin traitant et son patient¹¹⁰². En effet, le lien de confiance entre un patient et son médecin peut être garant de l'efficacité d'une démarche thérapeutique et le secret est au cœur de cette relation.

¹⁰⁹⁵ Art. L. 3711-1, CSP.

¹⁰⁹⁶ R. BOUVET, M. ABONDO, M. MARIANNICK LE GUET, *op. cit.*, p. 275.

¹⁰⁹⁷ J-L SENON, « Un bilan en demi-teinte de l'interface santé justice », AJ pén. 2009, p. 64.

¹⁰⁹⁸ Art. R. 4127-105, CSP.

¹⁰⁹⁹ B. LAVIELLE, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁰⁰ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, p. 485.

¹¹⁰¹ S. BARON-LAFORET, *op. cit.*, p. 757.

¹¹⁰² J-H ROBERT, *op. cit.*, p 8.

Cependant, en ayant conscience et connaissance de la possibilité de lever le secret médical afin d'informer l'autorité répressive en cas de non-respect de la mesure, la personne condamnée risque de ne pas s'investir pleinement dans sa thérapie car elle ne fait pas entièrement confiance à son interlocuteur. Non seulement cette possibilité d'information va à l'encontre de la protection du secret médical mais en plus en portant atteinte au lien de confiance, elle met à mal l'efficacité de la démarche thérapeutique, risquant ainsi de porter atteinte à l'efficacité de la sanction pénale. De son côté, « le soignant peut se sentir sous la houlette du judiciaire »¹¹⁰³. Le cadre des soins pénalement ordonnés devient pour la personne condamnée et pour le professionnel de santé, un « espace inquiétant de contrôle thérapeutique »¹¹⁰⁴. Le contrôle de l'exécution de la mesure devient contreproductif car diminue les chances de succès du traitement. Au-delà d'être face à une efficacité relative des soins, la contrainte révèle une autre critique qui est la durée de ces derniers.

II. La durée contestable des soins contraints

324. La rupture entre médecine et droit. Dans la mesure où droit pénal et médecine ne poursuivent pas les mêmes intérêts, les deux domaines ne peuvent pas être totalement complémentaires et s'entendre en termes de soins pénalement ordonnés. Le juge pénal n'est pas médecin et la peine classique ne se confond pas avec un traitement médical. Ni le juge, ni le législateur ne peuvent s'improviser professionnel de santé, pour cela il est difficile pour eux de savoir pendant combien de temps doit s'effectuer une démarche thérapeutique. De même, la démarche de soins ne doit pas nécessairement avoir la même durée qu'une peine d'emprisonnement pour être efficace.

Ainsi, le mécanisme de contrainte indirecte peut être remis en cause en raison de la fixation critiquable de la durée des soins (A). De surcroît, une autre critique existe, celle de la difficile continuité des soins (B).

¹¹⁰³ V. DIROCCO, M. RAVIT, « La psychiatrie de secteur confrontée aux soins pénalement ordonnés », *Médecine & Hygiène*, 2014, vol. 34, p. 76.

¹¹⁰⁴ B. GRAVIER, « Ethique et l'obligation de soin », *Sexologie*, 1997.

A. La fixation critiquable de la durée des soins

325. L'existence de critères d'appréciation différents. Le médecin établit son diagnostic et détermine la durée des soins en fonction de l'état de santé de son patient. En revanche, le droit pénal prévoit la durée des sanctions en fonction de la gravité du trouble causé à l'ordre public (1). Le législateur promeut le principe d'individualisation avec des sanctions dites curatives, qui donnent l'impression d'être en présence un droit pénal plus humaniste. Cependant, en matière de soins pénalement ordonnés, il existe une atteinte au principe d'individualisation (2).

1) La gravité de l'infraction

326. La durée dissociée du motif médical. Tout d'abord, la durée de l'injonction de soins fixée par la juridiction de jugement¹¹⁰⁵, l'est en fonction de la peine principale encourue par l'infacteur. C'est le critère de gravité de l'infraction¹¹⁰⁶, qui permet de fixer la durée de la mesure de soins, ce qui veut dire que les soins ne sont pas fixés en fonction de l'état de santé de la personne. En vertu de l'article 131-36-1 du Code pénal, en principe l'injonction de soins ne peut excéder dix ans pour un délit et vingt ans pour un crime. Par exception, le législateur porte à vingt ans la durée de l'injonction en matière correctionnelle « par décision spécialement motivée de la juridiction de jugement ». Le texte ajoute que « lorsqu'il s'agit d'un crime puni de trente ans de réclusion criminelle, cette durée est de trente ans » et « lorsqu'il s'agit d'un crime puni de la réclusion criminelle à perpétuité, la cour d'assises peut décider que le suivi socio-judiciaire s'appliquera sans limitation de durée, sous réserve de la possibilité pour le tribunal de l'application des peines de mettre fin à la mesure à l'issue d'un délai de trente ans ».

Dans la mesure où la fixation de la durée de l'injonction de soins est dissociée du motif médical, elle « méconnaît la durée minimale de prise en charge pour en obtenir stabilisation »¹¹⁰⁷. Il ne semble pas médicalement justifié de déterminer cette durée en fonction de la gravité d'une infraction. Cela revient à considérer qu'il y a un lien entre l'état de santé de la personne et l'infraction commise. Cela signifierait que les personnes qui commettent des

¹¹⁰⁵ Art. 131-36-1 al. 2, Code pénal.

¹¹⁰⁶ Art. 111-1, Code pénal, « Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions ».

¹¹⁰⁷ R. BOUVET, M. ABONDO, M. MARIANNICK LE GUET, *op. cit.*, p. 275.

infractions d'une même gravité présentent un état de santé similaire. Une fois de plus, on chercherait à expliquer l'acte répréhensible par la maladie.

Ensuite, dans la mesure où la fixation de la durée de l'injonction de soins est dissociée du motif médical, elle « méconnaît la durée minimale de prise en charge pour en obtenir stabilisation »¹¹⁰⁸. De plus, « Si la durée moyenne de l'IS (injonction de soins) est de 5,8 ans, durée moyenne du suivi socio-judiciaire, il n'en est systématiquement pas de même pour les libérations conditionnelles, les sursis avec mise à l'épreuve, les surveillances judiciaires... Dans ce cas, *quid* du temps nécessaire pour l'établissement et la consolidation d'une relation thérapeutique ? »¹¹⁰⁹. Le temps nécessaire à cet établissement n'est donc pas pris en compte ce qui peut avoir pour risque une absence de la nécessaire relation de confiance nécessaire au bon déroulement de la démarche thérapeutique et par-là une efficacité relative de la mesure de soin.

327. La compétence du médecin dans la fixation de la durée. Par ailleurs, est-ce de la compétence du juge de fixer la durée d'un traitement médical ? La réponse est négative, le juge répressif n'a pas les connaissances médicales requises afin de déterminer le délai d'un traitement qu'il soit thérapeutique ou médicamenteux. Il serait plus légitime que la durée de l'injonction soit fixée par des professionnels de santé. Par ailleurs, non seulement la compétence de ces professionnels se justifierait pour déterminer la durée initiale mais aussi pour la réévaluer au cours de la mesure de soins car seul le JAP peut demander à ce que la durée de l'injonction soit réévaluée avec une nouvelle expertise. Cela permettrait de prendre en considération l'évolution du patient, son investissement dans la démarche thérapeutique ou a contrario son attitude passive pour déterminer si le traitement initialement fixé doit être réévalué ou non.

Cependant, une telle mission laissée à l'appréciation des professionnels de santé aurait pour conséquence une immixtion de ces derniers dans les prérogatives du juge répressif. Pour pallier cette difficulté, il faudrait que le juge consulte les experts médecins, non pas seulement sur la nécessité ou la possibilité d'un traitement, mais aussi sur la durée approximative qu'ils envisagent en fonction de l'état de santé de la personne. En effet, jusqu'à présent, concernant l'expertise relative à l'opportunité d'une injonction de soins, « il s'agit de poser une indication de soin, pas de la durée des soins, du contenu ou de la forme du traitement »¹¹¹⁰. La décision de condamnation resterait alors de la compétence exclusive du juge, il ne ferait que demander un

¹¹⁰⁸ R. BOUVET, M. ABONDO, M. MARIANNICK LE GUET, *op. cit.*, p. 275.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 275.

¹¹¹⁰ S. BARON-LAFORET, *op. cit.*, p. 754.

avis par lequel il ne serait pas juridiquement lié. Néanmoins, cela reviendrait à laisser encore plus de place à la parole médicale au sein du droit pénal alors même qu'une médicalisation de la matière est décriée même si cela se justifierait au regard de la particularité des mesures de soins. En se basant sur le critère de gravité pour fixer la durée d'une injonction de soins, le législateur ne prend pas totalement en compte l'état de santé de la personne, ce qui amène à se demander si cela respecte complètement le principe d'individualisation.

2) L'atteinte au principe d'individualisation

328. L'ignorance de l'état de santé de la personne condamnée. En vertu du principe d'individualisation, il faut un « traitement approprié »¹¹¹¹ de l'infracteur. Le principe d'individualisation de la peine a d'autant plus d'importance qu'il a désormais une valeur constitutionnelle¹¹¹². Il oblige le juge à prendre en considération pour fixer la peine, des éléments subjectifs tel que l'état de santé de la personne¹¹¹³, la personnalité de l'auteur et sa situation¹¹¹⁴. Toutefois, dans la fixation du délai de l'injonction de soins, le juge ne prend pas totalement en considération l'état de santé de la personne mais se base sur le critère de gravité de l'infraction commise.

Cette constatation va à l'encontre de la promotion et du respect du principe d'individualisation prôné par à l'école de la Défense sociale nouvelle. En effet, afin de garantir le respect de ce principe, l'état de santé de la personne devrait être pris en considération dans la fixation de la durée et pas uniquement dans la détermination de la nécessité de la mesure de soins. D'autant plus que l'individualisation est un enjeu majeur pour s'assurer de l'efficacité des sanctions pénales.

Sous le prisme désormais du principe de proportionnalité de la peine, la référence au critère de gravité de l'infraction dans le choix de la durée des soins correspond à l'ancienne définition de ce dernier. En effet, la proportionnalité de la peine était mesurée en fonction du trouble à l'ordre public que l'infraction avait causé. La peine devait être proportionnée au trouble causé à l'ordre public et non proportionnée à la personnalité de l'auteur ou à son état de santé. En fondant la durée des soins sur la gravité de l'infraction, le législateur ne respecte pas strictement

¹¹¹¹ D. SALAS, *op. cit.*, p. 201.

¹¹¹² Conseil const., 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC, RFDC 2006. 165, obs. Nicot ; Gaz. Pal. 2005, n° 215, p. 6, obs. SCHOETTL.

¹¹¹³ Art. 132-24, Code pénal.

¹¹¹⁴ Art. 132-1, Code pénal.

le principe de proportionnalité. En effet, « la peine n'est plus proportionnée au trouble causé à l'ordre public à partir du moment où elle dépend non seulement de l'état d'esprit de l'agent mais aussi de sa personnalité »¹¹¹⁵. Non seulement la durée des soins est contestable en raison du critère utilisé mais elle l'est aussi car les soins connaissent une continuité difficile.

B. La difficile continuité des soins

329. La difficile constance des soins. Tout d'abord, l'article 717-1 alinéa 2 prévoit que, les personnes condamnées à une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, « exécutent leur peine dans des établissements pénitentiaires permettant d'assurer un suivi médical et psychologique adapté ». Il s'agit des établissements pénitentiaires sièges d'un service médico-psychologique régional, des établissements pour peines dotés d'une unité fonctionnelle rattachée à un service médico-psychologique régional et des établissements pénitentiaires dans lesquels intervient le secteur de psychiatrie générale¹¹¹⁶. « Il a été précisé par voie circulaire que les auteurs d'infractions à caractère sexuel (AICS), sont prioritairement affectés dans un établissement proposant une prise en charge spécialisée »¹¹¹⁷.

Cependant, les soins contraints sont difficiles à assurer en raison du manque d'effectif des médecins coordonnateurs et de la disparité qui existe au niveau territorial, mais aussi au niveau du domaine de spécialité de ces derniers. Pour le médecin traitant, il existe également un problème d'effectif. A l'origine de l'injonction de soins, la loi de 1998 songeait à faire intervenir des médecins psychiatres qui sont en nombre très insuffisant sur le territoire¹¹¹⁸. C'est justement pour pallier ce manque de médecin psychiatre que le législateur fait appel à un psychologue traitant qui lui n'est pas un médecin, et ce si la personnalité de la personne condamnée le justifie¹¹¹⁹. La médecine de coordination est une mission volontaire mais en plus d'une pénurie générale de ces professionnels de santé, il y a une « « réticence culturelle » de certains médecins qui se refusent par principe à devenir des auxiliaires de la justice et de la « défense sociale » »¹¹²⁰.

¹¹¹⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5ème éd., Paris, Lexis Nexis, 2019, p. 240.

¹¹¹⁶ Art. R. 57-8-3, Code de proc. pén.

¹¹¹⁷ J-P VAUTHIER, *op. cit.*, p. 273 ; Circulaire du 21 février 2012 « relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues », BO Ministère de la Justice et des Libertés, 15 mars 2012.

¹¹¹⁸ M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 504.

¹¹¹⁹ Art. L. 3711-4-1, CSP.

¹¹²⁰ R. BOUVET, M. ABONDO, M. LE GUEUT, *op. cit.*, p. 275.

Ensuite, les médecins sont d'autant plus réticents à exercer cette mission, que la plupart des auteurs « ne présentent pas en règle de pathologies psychiatriques avérées, au sens clinique du terme, et que la psychiatrie publique est actuellement sur-sollicitée par la prise en charge de malades mentaux souvent en situation de crise avec des listes d'attente qui se développent tant dans les centres médico-psychologiques de secteur qu'auprès des psychiatres privés »¹¹²¹. La sur-sollicitation de la psychiatrie jumelée au manque d'effectif des médecins coordonnateurs a pour conséquence l'impossibilité pratique d'avoir une continuité des soins durable et régulière. Immanquablement, les auteurs d'infraction ne peuvent efficacement et durablement être pris en charge. La difficulté est encore plus accentuée lorsque les soins doivent s'effectuer hors détention. En effet, le délai de prise en charge en centre médico-psychologique est d'environ six mois, ce qui constitue un délai d'attente extrêmement long¹¹²².

330. La fin du processus thérapeutique contraint. Que se passe-t-il lorsque la personne sort de la contrainte ? Une fois que les soins ne sont plus contraints, même s'il peut être conseillé à la personne de les poursuivre, rien n'oblige cette dernière à le faire. Cet arrêt brutal des soins peut avoir pour conséquence de remettre totalement en question tout le travail thérapeutique entrepris depuis le début. En effet, ce n'est pas parce que la mesure coercitive est achevée, que le processus thérapeutique l'est aussi, cela revient à stopper une thérapie, remettant ainsi en cause l'efficacité des soins contraints. Les professionnels de santé ont déjà relevé par exemple que « certains actes pénalement bénins peuvent tout à fait, dans certaines organisations psychopathologiques, porter des risques potentiellement graves et nécessiter des soins très prolongés »¹¹²³.

Toutefois, ce refus de continuer les soins est à nuancer. Afin d'illustrer le propos, l'exemple du Centre Clotaire, prenant en charge les auteurs de violences conjugales dans le cadre de leur contrôle judiciaire est frappant. Le Centre Clotaire est le premier centre d'hébergement et de responsabilisation des auteurs de violences conjugales créé en France en 2008 dans le ressort du Tribunal Judiciaire d'Arras. Il suit des femmes et des hommes astreints, durant leur contrôle judiciaire à un processus thérapeutique. Le processus entremêle un suivi éducatif et un suivi psychologique. Les professionnels du Centre relèvent que lorsque que l'individu est enjoint par la justice à suivre une thérapie, il fait à première vue preuve de réticence car il est réfractaire à

¹¹²¹ J-L SENON, *op. cit.*, p. 64.

¹¹²² P. MISTRETTA, *op. cit.*, p. 19.

¹¹²³ V. AGHABABIAN, C. LANCON, C. GIOCANTI, D. GLEZER, G. LEONETTI, « Les décrets d'application de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des auteurs d'infractions sexuelles : aspects législatifs et cliniques », *Annales Médico-Psychologiques*, 2001, vol. 159, p. 424.

la prise en charge psychologique et éducative. Cependant, la force du Centre est d'avoir mis en place un véritable processus de responsabilisation, permettant ainsi de provoquer une prise de conscience chez l'auteur. Les professionnels ne travaillent pas avec la sensation de subir l'injonction ou l'obligation émanant de la justice, mais s'en servent pour créer une machine à penser afin d'échanger avec la personne, de créer une interaction. Selon eux, le processus de responsabilisation est fondamental pour que l'injonction de soins fonctionne dans la mesure où dans le cas présent, les auteurs de violences conjugales ne sont pas malades au sens psychopathologique mais au sens sociétal. Sur la continuité des soins, la plus grande réussite du Centre Clotaire est de transformer la contrainte en demande, l'injonction n'étant plus subie comme une obligation pour l'auteur des faits. La responsabilisation permet de changer la sensation de contrainte indirecte en démarche volontaire, ce qui engendre de la part des auteurs une véritable demande à poursuivre la prise en charge thérapeutique, même lorsque l'injonction arrive à son terme. En outre, les professionnels se basent sur la contrainte pour entamer le processus de responsabilisation car sans l'injonction, les individus ne se seraient pas présentés d'eux-mêmes, n'auraient pas été pris en charge et n'auraient pas eu de prise de conscience. Cette véritable collaboration, innovante, entre justice et santé qui poursuivent un but commun, à savoir l'intérêt de la société, permet de relativiser l'affirmation selon laquelle les auteurs condamnés à des injonctions les subissent et n'y adhèrent pas¹¹²⁴.

331. Conclusion Chapitre 2. Bien que le consentement aux soins soit primordial aussi bien dans un souci de respecter la dignité de la personne que d'assurer l'efficacité de la démarche thérapeutique, le législateur introduit la contrainte pour s'assurer du bon déroulement des soins pénalement ordonnés. La complémentarité entre sanction et soins ne peut donc pas être parfaite et la bipolarité des logiques sécuritaire et humanitaire trouve dans l'exigence du consentement sa limite. A l'image de ce qui est prévu dans l'administration de la preuve, un mécanisme de contrainte indirecte est mis en place pour garantir le bon déroulé de la mesure curative. Cette contrainte indirecte révèle ses failles quant à l'efficacité des soins contraints dans la mesure où la démarche thérapeutique ne peut complètement porter ses fruits dans un rapport de soumission. Cependant, l'affirmation est à nuancer car en s'efforçant de poursuivre un but commun et en travaillant en collaboration, la justice et les soignants peuvent mettre en place des processus permettant d'apporter une véritable solution au fait infractionnel.

¹¹²⁴ Cf Annexe 2, p. 443.

332. Conclusion Titre 1. Le but du législateur est louable. Il fait la promotion d'un droit pénal plus humaniste, centré sur la personnalité de la personne condamnée en permettant une individualisation de la peine. Le recours aux soins apparaissait comme le moyen d'éviter la récidive et de promouvoir au mieux cette individualisation. C'est ainsi que le binôme punir et soigner a peu à peu évolué en droit pénal, jusqu'à se généraliser. A force de chercher à tout prix à faire collaborer médecine et droit, certains processus peuvent montrer leurs limites en raison des finalités fondamentalement différentes que ces domaines poursuivent. La médicalisation de la peine est ambivalente, car le recours aux soins défend une démarche plus humaniste mais l'accentuation du caractère obligé des soins révèle un versant sécuritaire. Néanmoins, sans le caractère initialement obligé des soins, les personnes n'auraient probablement jamais été guéries du mal sociétal ou psychopathologique dont elles souffrent. Finalement, punir et soigner donne naissance à un curieux mélange teinté à la fois des idées de la Défense sociale nouvelle mais aussi des idées positivistes.

De plus, le législateur impose les sciences médicales au sein du droit pénal. Plus qu'une médicalisation du droit pénal, il semblerait que l'idée d'une judiciarisation de l'activité médicale émerge. De surcroît, en confondant l'infraction et le symptôme, la peine et le soin, un nouvel outil de gestion des risques et de contrôles sociaux apparaît¹¹²⁵. Ce nouvel outil de gestion des risques est d'autant plus prégnant avec le développement de la notion de dangerosité.

¹¹²⁵ X. LAMEYRE, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », RSC 2001, p. 521

TITRE 2 : L'influence de la médicalisation sur la dangerosité

333. L'insuffisance des peines classiques. Certains profils de condamnés révèlent une dangerosité persistante. Cette dangerosité persistante rend leur reclassement difficile et surtout leur remise en liberté problématique pour l'ordre public. Malgré l'exécution d'une peine privative de liberté, certains individus ne manifestent pas des efforts sérieux de resocialisation ou présentent un risque de récidive trop important pour leur permettre une sortie sans suivi voire une sortie tout court. On considère alors que ces individus sont toujours dangereux, le concept de dangerosité demandera à être défini et précisé dans les développements qui suivent.

En raison de l'existence de la particulière dangerosité de certains sujets, le législateur a œuvré à la création de mesures spécifiques qui rendent possible leur surveillance ou leur enfermement à l'issue de l'exécution de leur peine. Ces différentes mesures, appelées mesures de sûreté se différencient des peines en ce qu'elles peuvent être prononcées après l'exécution d'une peine, avant même qu'une nouvelle infraction ne soit commise. Avec les mesures de sûreté, « le législateur contemporain s'est engagé dans une voie sécuritaire qui consiste à surveiller et à retenir les personnes concernées, y compris après l'exécution de leur peine »¹¹²⁶. Les mesures de sûreté attribuent un rôle de choix aux professionnels de santé tant en ce qui concerne le versant de l'évaluation que celui de la prise en charge. C'est dans ces domaines que le sujet de la médicalisation du droit pénal trouve sa place.

L'influence des sciences médicales se manifeste ainsi comme soutien des mesures de sûreté (Chapitre 1). La criminalité étant en constante évolution, le droit pénal doit sans cesse s'adapter. Cet effort d'adaptation se remarque car les sciences médicales viennent en soutien à la prise en charge de la radicalisation (Chapitre 2).

¹¹²⁶ X. PIN, *Droit pénal général*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Le cour Dalloz, 2021, p. 573.

Chapitre 1 : Les sciences médicales soutien des mesures de sûreté

334. Le durcissement du suivi post peine. « L'idée même d'un suivi à la sortie - au moins anticipée - de la prison paraît fondamentale. La prévention de la récidive et la protection des victimes potentielles souvent oubliées ouvrent de nouvelles perspectives au droit des peines. Mais comment introduire cette nouvelle donnée sans remettre en cause le fondement de réinsertion sociale du délinquant et sans alourdir encore notre arsenal pénal ? »¹¹²⁷.

Afin de remplir les objectifs de prévention de la récidive et la protection des victimes, le législateur a créé les mesures de sûreté qui alourdissent néanmoins l'arsenal pénal. « En France, c'est la doctrine qui a théorisé la distinction entre les peines et les mesures de sûreté. Alors que les premières seraient fondées sur la faute de l'auteur (donc sur sa culpabilité), tournées vers le passé et poursuivant une fonction rétributive, les secondes, fondées sur la dangerosité, seraient tournées vers le futur, poursuivant une fonction préventive et protectrice »¹¹²⁸. De plus, la peine est un « mal infligé à un délinquant à cause de sa faute, une souffrance imposée par l'autorité à titre de sanction de la violation de règles fondamentales de la vie d'un « groupe » ». ¹¹²⁹. A l'inverse, « les mesures de sûreté ne sont pas des « peines après la peine », car par définition, elles ne sont pas prévues pour sanctionner l'inexécution d'une peine mais bien pour remédier à la dangerosité d'un individu »¹¹³⁰. Elles trouvent leur justification sur la dangerosité et non sur la culpabilité contrairement aux peines.

« « La défense sociale nouvelle » en soulignant que les mesures de sûreté ainsi soumises au droit et à l'intervention judiciaire et inspirées par des données de la science seront les instruments d'une politique criminelle qui doit être pensée comme un art social de lutte contre le crime »¹¹³¹, implique que la dangerosité soit le fondement des mesures de sûreté (Section 1), permettant ainsi la prise en charge de la dangerosité (Section 2).

¹¹²⁷ P. COUVRAT, *op. cit.*, p. 376.

¹¹²⁸ J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in *La dangerosité saisie par le droit*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), Paris, PUF, 2011, p. 51.

¹¹²⁹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^{ème} éd., coll. Référence, Paris, Cujas, 2014, p. 517.

¹¹³⁰ L. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 22.

¹¹³¹ J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », RSC 2010, p. 60.

Section 1 : La dangerosité, fondement des mesures de sûreté

335. La concrétisation d'une politique pénale de lutte contre la récidive. Depuis quelques années, l'individu dangereux est au cœur des préoccupations de politiques criminelles¹¹³² avec pour maître mot la lutte contre la récidive¹¹³³, si bien qu'un certain nombre de mesures de sûreté ont vu le jour en droit pénal.

L'intégration des mesures de sûreté en droit pénal français témoigne d'un aveu d'échec du système pénal, insupportable pour le politique¹¹³⁴. En effet, « la politique criminelle longtemps orientée vers une politique de l'enfermement, et non vers une véritable politique de préparation à la sortie et de l'aide à la réinsertion, a montré ses failles »¹¹³⁵. Dans la mesure où les peines n'apparaissent pas suffisantes pour assurer le reclassement du condamné, le législateur doit recourir à d'autres mesures post-sentencielles afin de prévenir la récidive.

336. Le fondement des mesures de sûreté. Les mesures de sûreté, différentes des peines ne peuvent être fondées sur la culpabilité de la personne. De même, ce n'est pas non plus la responsabilité pénale qui donne une justification au prononcé d'une mesure de sûreté. Ne trouvant pas de fondement classique, les mesures de sûreté s'appuient sur la notion de dangerosité. L'appréhension de la dangerosité (I) puis l'évaluation perfectible de la dangerosité (II) permettent de justifier le lien qui existe entre médicalisation et mesures de sûreté.

I. L'appréhension de la dangerosité

337. La notion de danger. Le terme « danger », se définit comme « ce qui constitue une menace, un risque pour quelqu'un, quelque chose ». Selon le Professeur Philippe Conte, le danger est un concept fondamental en droit pénal, il relève d'ailleurs « ouvrez le Code pénal à n'importe quel endroit vous y rencontrerez un cas de dangerosité »¹¹³⁶. Le législateur utilise la

¹¹³² J. ALIX, *op. cit.*, p. 51.

¹¹³³ V. TELLIER-CAYROL, « La récidive : de quelques paradoxes et incohérences », *AJ pén.* 2012, p. 64.

¹¹³⁴ P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in *Les nouvelles Figures de la dangerosité*, P. MBANZOULOU (dir.), Paris, l'Harmattan, 2008, p. 111.

¹¹³⁵ P. LARRIEU, *op. cit.*, p. 131.

¹¹³⁶ P. CONTE, « Dangerosité et droit pénal », in *Les dangerosités : De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, C. DE BEAUREPAIRE, M. BENEZECH, C. KOTTLER (dir.), Paris, John Libbey Eurotext, 2004.

notion de « péril »¹¹³⁷ pour faire référence au danger, notion qui attrait plus au danger réel qu'éventuel¹¹³⁸. La différence entre le péril et la dangerosité réside justement dans l'imminence ou pas du risque ou de la menace. En ce qui concerne le péril, le danger est réel, imminent alors qu'en ce qui concerne la dangerosité, le danger est éventuel.

Cependant, bien que la notion de dangerosité soit désormais un concept très utilisé en droit pénal, son intégration au sein du dispositif normatif s'est lentement opérée. La première étape de cette intégration passe par l'évolution de la notion de dangerosité (A), tandis que la seconde se concrétise avec l'assise juridique de la notion de dangerosité (B).

A. L'évolution de la notion de dangerosité

338. La définition essentiellement doctrinale de la dangerosité. Le terme de dangerosité ou le concept de criminel dangereux ne trouve pas de définition ni au sein de la loi pénale ni dans la jurisprudence¹¹³⁹. Il est revenu à la doctrine d'en définir les contours et de tenter d'apporter une définition plus ou moins précise.

S'attarder aux définitions doctrinales de la dangerosité permet de rendre compte de l'influence qu'ont les médecins en la matière. Le savoir médical a fait évoluer le concept de dangerosité. La notion est ancienne et a reçu diverses qualifications au fil du temps. Il faut remonter XIXème siècle pour en dessiner les premiers contours avec le concept d'état dangereux (1), qui a, par la suite laissé place à différentes formes de dangerosité (2).

1) Le concept d'état dangereux

339. Les influences positivistes. Les positivistes italiens et plus précisément Garofalo préféraient le concept « d'état dangereux ». Ce concept a fait l'objet d'études dès le XIXème siècle. Garofalo parlait de *temibilità* qu'il considérait comme « la perversité constante et agissante du délinquant et la quantité de mal prévu qu'on peut redouter de sa part »¹¹⁴⁰. La

¹¹³⁷ Art. 223-6, al. 2, Code pénal, « Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ».

¹¹³⁸ S. JACOPIN, « La dangerosité saisie par le droit pénal », in *Peine Dangerosité Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 226.

¹¹³⁹ M. DELMAS-MARTY, *Modèles et Mouvements de Politique Criminelle*, Paris, Economica, 1983, p. 16.

¹¹⁴⁰ R. GAROFALO, *La criminologie*, (traduction de l'italien), Paris, Alcan, 1888, p. 310.

temibilità, jugée plus tard trop restrictive par Garofalo, recevait la qualification d'adaptabilité¹¹⁴¹, se définissant comme « la recherche de l'idonéité du coupable à la vie sociale dans les différents cas de délit »¹¹⁴². Autrement dit, malgré la perversité de l'individu, il faut rechercher le « degré de sociabilité qu'il lui reste »¹¹⁴³, pour qu'il puisse s'adapter dans son milieu et cesser d'être dangereux. La *temibilità*, l'adaptabilité, ou concept « d'état dangereux », a reçu différentes définitions, « on a parlé de capacité criminelle, de témibilité, de redoutabilité ou de périculosité »¹¹⁴⁴.

« Ainsi entendu, l'état dangereux mis en lumière par Garofalo comporte deux éléments constitutifs : la capacité criminelle ou *témibilité* qui est le versant négatif de l'état dangereux et la capacité d'adaptation qui ouvre la voie vers un éventuel redressement social du délinquant »¹¹⁴⁵.

Lors du deuxième congrès international de criminologie à Paris en 1953, Debuyst proposait une définition de l'état dangereux, adoptée de façon consensuelle. Selon lui, il s'agit d'un « phénomène psycho-social caractérisé par les indices révélateurs d'une grande probabilité pour un individu de commettre une infraction contre les personnes ou contre les biens »¹¹⁴⁶. Pour certains auteurs, et de façon beaucoup plus simple, l'état dangereux de la personne désigne la très grande probabilité qu'il commette une infraction¹¹⁴⁷.

En 1982, à propos de l'état dangereux, Jean Carbonnier soutenait que « les modernes ont mis en forme criminologique cette méfiance ancestrale, et c'est la théorie de l'état dangereux : le menu fait symptomatique doit être soigné, sinon puni, non pour le peu qu'il est, mais pour l'abîme qu'il dévoile »¹¹⁴⁸. En d'autres termes, « l'approche du criminel est moins focalisée sur ce qu'il a fait que sur ce qu'il est capable de faire à l'avenir. L'attention jadis réservée à l'acte

¹¹⁴¹ L. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁴² R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 305.

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 306.

¹¹⁴⁴ B. CORDIER, La dangerosité vue par le psychiatre », in *Peine Dangerosité, Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 309.

¹¹⁴⁵ L. GREGOIRE, *op. cit.*, 2015, p. 156.

¹¹⁴⁶ Il s'agit de la définition donnée par Debuyst, *IIème cours international de criminologie de Paris en 1953*, in Rapport d'information Assemblée nationale, n° 1718, 7 juillet 2004, sur le traitement de la récidive des infractions pénales, p. 45.

¹¹⁴⁷ R. GASSIN, *op. cit.*, n° 789 ; G. LEVASSEUR, A. CHAVANNE, J. MONTREUIL, B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 14^{ème} éd., Paris, Sirey, 2002, ° 945 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 17^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2000, n° 25.

¹¹⁴⁸ J. CARBONNIER, *De peu, de tout et de rien, Etudes offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p 47.

commis s'éclipse derrière la potentialité d'un danger futur, mais par définition hypothétique »¹¹⁴⁹.

En s'appuyant sur les données de la psychiatrie, l'école du positivisme « a construit un concept de dangerosité entraînant la substitution de la responsabilité sociale à la responsabilité morale comme fondement de la répression. Postérieurement, ce concept de dangerosité allait servir de base à la constitution de la criminologie avec une orientation clinique ayant pour sujet la personnalité du délinquant en vue de lui appliquer un traitement dans un objectif de resocialisation »¹¹⁵⁰. Cette orientation clinique de l'état dangereux démontre l'influence de la médicalisation dans la détermination de ce qu'est la dangerosité.

2) Les différentes formes de dangerosité

340. La dangerosité psychiatrique. La dangerosité psychiatrique n'est pas difficile à définir car elle relève de la maladie mentale. En effet, « la dangerosité psychiatrique est assez bien circonscrite puisqu'il s'agit d'évaluer les personnes « présentant des risques physiques, psychologiques ou moraux pour eux-mêmes ou les autres. C'est en fait l'évaluation d'un risque de passage à l'acte en raison de déficiences ou troubles mentaux, prédiction de la récurrence potentielle »¹¹⁵¹. Il y a dangerosité psychiatrique lorsque le sujet est atteint d'une maladie mentale et que la dangerosité est « en relation directe et déterminante avec la maladie »¹¹⁵².

En 2005, la commission Santé-Justice définissait la dangerosité psychiatrique comme « un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental, et notamment au mécanisme et à la thématique de l'activité délirante »¹¹⁵³. Selon cette définition, le risque est directement la conséquence de la dangerosité psychiatrique et « elle situe la dangerosité psychiatrique dans le champ médical plutôt que pénal et elle renvoie à une maladie mentale précise : le trouble mental »¹¹⁵⁴.

¹¹⁴⁹ P. LARRIEU, *op. cit.*, p. 127.

¹¹⁵⁰ G. CASILE-HUHUES, « Le caractère fondamental de l'expertise dans l'injonction de soins », *Rev. pénit.* 2010, p. 307.

¹¹⁵¹ M. AGRAPART, « La dangerosité criminologique : un concept à la mode », in *Peine Dangerosité, Quelles certitudes ?* Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, pp. 301-302.

¹¹⁵² B. CORDIER, La dangerosité vue par le psychiatre », in *Peine Dangerosité, Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 309.

¹¹⁵³ Rapport de la commission Santé-Justice, Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récurrence, J-F BURGELIN (dir.), juillet 2005, p. 10.

¹¹⁵⁴ L. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 167.

Par maladie mentale, il faut entendre les psychoses (schizophrénie, paranoïa, trouble bipolaire) et les névroses (neurasthénie, angoisse, hystérie, phobies, troubles obsessionnels compulsifs), différentes des troubles de la personnalité¹¹⁵⁵. La dangerosité psychiatrique retient donc une approche clinique fondée directement sur l'état de santé mentale de la personne. De la même façon qu'en ce qui concerne l'état dangereux, le passage à l'acte n'est pas certain avec la dangerosité psychiatrique, il s'agit d'une prédiction fondée sur le trouble mental dont est atteinte la personne. La dangerosité est alors directement liée à l'état pathologique, à la maladie mentale.

Dans la mesure où la psychiatrie est une science médicale à part entière, l'étude de la dangerosité psychiatrique trouve son intérêt dans l'observation de la médicalisation du droit pénal. En plus de ce premier type de dangerosité, il existe une dangerosité dite criminologique.

341. La dangerosité criminologique. « La dangerosité criminologique désigne le risque de récidive. Elle va très au-delà de la dangerosité psychiatrique qui est la simple manifestation des symptômes de la maladie mentale »¹¹⁵⁶. Contrairement à la dangerosité psychiatrique, la dangerosité criminologique est celle des criminels qui ne présentent pas de troubles mentaux mais un risque de récidive. Les trois composantes de la dangerosité criminologique sont l'auteur, la victime et la situation criminogène¹¹⁵⁷.

Selon Michel Foucault, « la grande notion de la criminologie et de la pénalité vers la fin du XIXe siècle a été la scandaleuse notion, en termes de théorie pénale, de dangerosité. La notion de dangerosité signifie que l'individu doit être considéré par la société au niveau de ses virtualités et non pas au niveau de ses actes. Non pas au niveau des infractions effectives à une loi effective mais au niveau des virtualités du comportement qu'il représente »¹¹⁵⁸. Se positionnant ainsi, Michel Foucault fait référence à la définition de la dangerosité retenue par Garofalo « qui est constituée par la très grande probabilité qu'un individu commette une infraction et ce, en fonction de deux facteurs à savoir d'une part, sa capacité criminelle – appelée la témébilité – et d'autre part, son degré d'adaptabilité. Cet état dangereux appelé aujourd'hui dangerosité criminologique correspond à la prise en compte de l'ensemble des facteurs environnementaux et situationnels susceptibles de favoriser l'émergence du passage à

¹¹⁵⁵ P. MORVAN, *Criminologie*, 3^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2019, p. 305.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 383.

¹¹⁵⁷ M. AGRAPART, *op. cit.*, p. 302.

¹¹⁵⁸ M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », in *Dits et Ecrits*, vol. 1, Paris, Quarto, 2001, p. 1460.

l'acte »¹¹⁵⁹. Loin de *La bête humaine* dépeinte par Zola¹¹⁶⁰, et depuis la remise en cause des théories de Lombroso, il a été démontré que nul n'est irrémédiablement voué au crime.

La dangerosité criminologique ne concerne donc qu'une certaine catégorie de personnes, les délinquants et les criminels. Il faut néanmoins préciser qu'elle ne concerne pas tous les délinquants et criminels mais seulement ceux qui présentent un risque d'une nouvelle violation de la loi pénale, ruinant ainsi la protection de la société¹¹⁶¹. De cette affirmation, il faut déduire que lorsqu'il est fait référence au délinquant dangereux, il ne s'agit pas de celui qui est en train de commettre une infraction. En effet, la dangerosité vise « le délinquant qui s'étant rendu coupable d'une infraction par le passé, risque très probablement d'en perpétrer une autre. Le délinquant dangereux présente par hypothèse une dangerosité *post delictum* : c'est un récidiviste probable. La dangerosité concomitante du passage à l'acte, ou dangerosité délictuelle est exclue de la définition du délinquant dangereux car aucun intérêt juridique ne nécessite de distinguer entre les délinquants qui sont dangereux au moment de l'acte et d'autres qui ne le seraient pas »¹¹⁶².

Cependant, la notion de dangerosité criminologique est à manier avec prudence car elle est un « concept à la valeur scientifique discutable, d'autant que le terme de « criminologue » n'a pas été déposé ni protégé en France et que n'importe qui l'utilise »¹¹⁶³. A première vue, comme la dangerosité criminologique ne concerne que le risque de récidive et non la maladie mentale, il semblerait que son appréhension ne rentre pas dans l'étude de la médicalisation du droit pénal. Néanmoins, il existe quand même un lien et non des moindres entre médicalisation et dangerosité criminologique en raison de son évaluation.

Désormais, la notion de dangerosité qu'elle soit criminologique ou psychiatrique n'est plus seulement un champ de recherches donnant lieu à des définitions doctrinales car elle a trouvé une véritable assise juridique en étant directement retranscrite dans le corpus normatif.

¹¹⁵⁹ F. CHOPIN, « Les nouvelles orientations des soins dans la loi sur la rétention de sûreté », RSC 2010, p. 31.

¹¹⁶⁰ R. MERLE, « De Zola à Lombroso », RSC 1964, p. 109.

¹¹⁶¹ A. COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français*, Aix-Marseille, PUF d'Aix-Marseille, 2005, p. 22.

¹¹⁶² A. COCHE, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹¹⁶³ M. AGRAPART, *op. cit.*, p. 302.

B. L'assise juridique de la notion de dangerosité

342. L'introduction progressive de la notion de dangerosité en droit pénal. Pendant longtemps, la dangerosité est restée une notion psychiatrique ou criminologique. C'est au nom de la lutte contre la récidive que la notion de dangerosité a trouvé peu à peu une assise juridique en droit pénal.

La référence à la dangerosité s'est réalisée timidement au sein du Code pénal et du Code de procédure pénale. Le recours à la notion de dangerosité (1) s'est intensifié avec l'introduction des mesures de sûreté (2).

1) Le recours à la notion de dangerosité

343. La référence à l'état dangereux de la personne. La loi du 30 juin 1838 sur l'enfermement des aliénés dite « Loi des aliénés » était relative aux conditions de prise en charge des malades mentaux. L'article premier de cette loi disposait, « Chaque département est tenu d'avoir un établissement public, spécialement destiné à recevoir et soigner des aliénés, ou de traiter, à cet effet, avec un établissement public ou privé, soit de ce département soit d'un autre département ». La préoccupation majeure du législateur avec l'adoption de cette loi était le traitement des personnes atteintes d'un trouble mental, à cette époque appelées « les aliénés ». L'état dangereux de la personne pour elle-même ou pour autrui était en cause et justifiait l'internement d'office. Dans la mesure où la question de la récidive n'entraînait pas en jeu mais bien le danger que pouvait représenter un individu en raison de l'existence d'un trouble mental, c'est la dangerosité psychiatrique qui était visée. La loi de 1838 marquait alors l'entrée de la notion de dangerosité psychiatrique au sein de du droit français¹¹⁶⁴, lui donnant ainsi une assise juridique. Concernant les expertises, l'expert devait répondre à l'interrogation suivante : le prévenu présente-t-il un état dangereux ?¹¹⁶⁵

Plus tard, la loi n° 54-439 du 15 avril 1954 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui faisait apparaître dans son intitulé une référence à la notion de dangerosité. L'état dangereux des personnes alcooliques était avant tout, en 1954, une question de santé publique. L'article premier de la loi disposait « Tout alcoolique dangereux pour autrui est placé sous la

¹¹⁶⁴ C. LAZERGES, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel » in *La dangerosité saisie par le droit*, G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), Paris, PUF, 2011, p. 80.

¹¹⁶⁵ M. AGRAPART, *op. cit.*, p. 301.

surveillance de l'autorité judiciaire ». L'article 2 poursuivait en prévoyant « Tout alcoolique présumé dangereux doit être signalé à l'autorité sanitaire par les autorités judiciaires ou administratives compétentes ». Deux cas étaient prévus. Le premier concernait le cas de présomptions graves, précises et concordantes permettant de considérer qu'une personne poursuivie était atteinte d'une intoxication alcoolique. Le second cas était relatif à la saisie d'office de l'autorité sanitaire à la suite d'un rapport rendu par une assistante sociale considérant qu'un individu alcoolique représentait un risque pour autrui.

Avec la loi de 1838, la dangerosité criminologique n'était pas en cause car la loi ne faisait pas référence à l'état de récidive. L'état dangereux se rapprochait plus de la dangerosité psychiatrique dans la mesure où le dernier aliéna de l'article 2 permettait le signalement de la personne suite à un certificat rendu « d'un médecin des dispensaires, des organismes d'hygiène sociale, des hôpitaux, des établissements psychiatriques ». Parce que la loi de 1954 prévoyait directement la compétence de professionnels de santé, le rapprochement de l'état dangereux avec la notion de dangerosité psychiatrique pu s'opérer. Après avoir timidement fait référence à la dangerosité par le biais de l'expression « état dangereux », le législateur a utilisé explicitement la notion d'état de dangerosité du condamné.

344. La prise en compte de l'état de dangerosité du condamné. Le législateur a fait apparaître la notion de dangerosité en 1994 avec la loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale. L'adoption de cette loi est la conséquence de l'affaire Patrick Tissier qui avait à l'époque fait réagir de façon virulente les médias et l'opinion publique. En septembre 1993, Patrick Tissier avait avoué avoir violé et tué une petite fille de huit ans. Avant cela, il avait déjà été condamné à vingt ans de réclusion criminelle pour avoir violé et tué sa petite amie. Après avoir passé onze ans en détention, il obtenait une permission de sortie mais récidivait en violant une femme et était condamné à une peine de dix ans d'emprisonnement dont il n'effectuait que les deux tiers. Huit mois après avoir retrouvé sa liberté, il avouait les crimes commis sur la fillette de huit ans. La personnalité de cet auteur récidiviste et ses crimes suscitant l'indignation, le 21 septembre 1993, le garde des Sceaux (Pierre Méhaignerie) annonçait un projet de réforme permettant d'infliger la perpétuité dite réelle aux auteurs de meurtre ou d'assassinat sur mineur de quinze ans, précédé ou accompagné de viol, de tortures ou d'actes de barbarie¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁶ B. VITAL-DURAND, « Depuis 93, la France enferme pour toujours », Libération, 20 août 1996.

L'article 720-4 alinéa 2 du Code de procédure pénale disposait « Dans le cas où la cour d'assises a décidé qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 du code pénal ne pourrait être accordée au condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, le juge d'application des peines peut, à l'expiration d'une période de trente ans suivant la condamnation, saisir un collège de trois experts médicaux désignés par le bureau de la Cour de cassation sur la liste des experts agréés près la cour, qui se prononce sur l'état de dangerosité du condamné ». « Pour mettre fin à cette perpétuité dite réelle, le législateur avait-il instauré une commission, composée de cinq magistrats de la Cour de cassation, saisie par le juge d'application des peines qui, à l'expiration d'une période de trente ans suivant la condamnation, avait auparavant demandé à un collège de trois experts médicaux, agréés près la même Cour, de se prononcer sur l'état de dangerosité du condamné »¹¹⁶⁷. Désormais, avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la compétence en la matière revient au tribunal de l'application des peines¹¹⁶⁸. A première vue, l'instauration de la perpétuité réelle aurait pu être incompatible avec l'article 3 de la CEDH qui interdit les peines perpétuelles incompressibles¹¹⁶⁹. Cependant, dans la mesure où le Code de procédure pénale prévoit qu'à l'expiration d'un délai de trente ans, le tribunal de l'application des peines peut mettre fin ou réduire la période de sûreté, le mécanisme ne laisse « pas d'incertitude sur l'existence d'une perspective d'élargissement dès le prononcé de la condamnation »¹¹⁷⁰. La Cour européenne considère que tant qu'il existe un espoir pour le condamné d'obtenir un aménagement de peine, la période de sûreté incompressible n'est pas incompatible avec la CEDH¹¹⁷¹. En 1994, le législateur faisait donc apparaître pour la première fois le terme de dangerosité dans le corpus normatif en le reliant aux experts médicaux, compétents pour procéder à son évaluation. Ce n'était que les prémices du recours à la notion de dangerosité. Depuis lors, la perpétuité réelle

¹¹⁶⁷ X. LAMEYRE, « Les dangers de la notion de dangerosité », in *Peine Dangerosité Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 313.

¹¹⁶⁸ Art. 720-4, al. 2, Code de proc. pén.

¹¹⁶⁹ CEDH, gr. ch. 9 juillet 2013, *Vinter et a. c/ Royaume-Uni*, Dalloz actu., 12 juillet 2013, obs. M. LENA ; D. 2013, p. 2081, note J-F RENUCCI ; *ibid.* 2713, obs. G. ROUJOU de BOUBEE, T. GARE, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *ibid.* 2014. 1235, obs. J.-P. CERE, M. HERZOG-EVANS et E. PECHILLON ; AJ pénal 2013. 494, obs. D. VAN ZYL SMIT ; RSC 2013. 625, chron. P. PONCELA ; *ibid.* 649, obs. D. ROETS ; JCP 2013. 918, obs. F. SUDRE ; Dr. pénal 2013. 165, obs. Bonis-Garçon), elle avait condamné le système anglo-saxon, qui n'offre ni « une possibilité de réexamen [ni] une chance d'élargissement » (§ 59).

¹¹⁷⁰ CEDH, gr. ch. 9 juillet 2013, *Vinter et a. c/ Royaume-Uni*, (§ 60).

¹¹⁷¹ EDH 11 avr. 2006, *Léger c/ France*, n° 19324/02, D. 2006. Jur. 1800, note J.-P. CERE ; RSC 2007. 134, obs. F. MASSIAS ; *ibid.* 350, chron. P. PONCELA ; AJ pénal 2006. 258, obs. S. ENDERLIN.

a été élargie à d'autres hypothèses¹¹⁷². Le recours à la notion de dangerosité s'est par la suite intensifié avec la création des mesures de sûreté.

2) L'introduction des mesures de sûreté

345. La gradation des mesures de sûreté. L'introduction des mesures de sûreté s'est faite peu à peu. Le législateur a d'abord créé des mesures de sûreté relativement contraignantes, pour finalement adopter une mesure restrictive de liberté. Il existe alors une gradation des mesures de sûreté et une nette différence en matière de contrainte entre les premières mesures de sûreté (a), et les nouvelles mesures de sûreté (b).

a) *La création des premières mesures de sûreté*

346. Les mesures de sûreté comme réponse à la dangerosité. La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales créé deux nouvelles mesures post-sentencielles en utilisant explicitement la qualification de « mesures de sûreté ».

Tout d'abord, avec la loi de 2005, la sous-section 7 du Titre III relatif aux peines du Code pénal s'intitule « Du placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté ». Cette nouvelle mesure de sûreté est prévue aux articles 131-36-9 à 131-36-13 du Code pénal. Le placement sous surveillance électronique mobile peut être ordonné « à l'encontre d'une personne majeure condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans « ou lorsque la personne a été condamnée pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale, d'une durée égale ou supérieure à cinq ans » »¹¹⁷³. L'article 131-36-10 du Code pénal poursuit en précisant que la mesure peut être

¹¹⁷² Art. 221-3, Code pénal, « Le meurtre commis avec préméditation ou guet-apens constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article. Toutefois, lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que l'assassinat est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsque l'assassinat a été commis sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions, la cour d'assises, peut, par décision spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné ; en cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est alors égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce ».

¹¹⁷³ Art. 131-36-10, Code pénal.

prise après qu'une « expertise médicale a constaté la dangerosité, lorsque cette mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin ».

Ensuite, cette même loi de 2005 prévoit la surveillance judiciaire à l'article 723-29 du Code de procédure pénale qui prévoit « Lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru ou d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale, le tribunal de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération et pendant une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait ». La surveillance judiciaire est « actuellement requise de manière quasi systématique par les Parquets dans le cadre « d'un principe judiciaire de précaution » »¹¹⁷⁴.

Le fonctionnement de cette mesure de sûreté a été précisé par le décret n° 2006-385 du 30 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale et relatif au traitement de la récidive des infractions pénales. Ce décret d'application de la loi du 12 décembre 2005, précise les dispositions applicables à la surveillance judiciaire des personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit, aux articles D. 147-31 à D. 147-44 du Code de procédure pénale.

Avec la création de la surveillance judiciaire, le législateur fait une fois de plus apparaître la notion de dangerosité au sein du Code de procédure pénale car l'article 723-31 dispose « Le risque de récidive mentionné à l'article 723-29 doit être constaté par une expertise médicale ordonnée par le juge de l'application des peines conformément aux dispositions de l'article 712-16, et dont la conclusion fait apparaître la dangerosité du condamné et détermine si le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement. Cette expertise peut être également ordonnée par le procureur de la République ».

A la lecture des dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale, un lien étroit entre dangerosité et récidive apparaît. Dans la mesure où c'est la question de la récidive qui intéresse cette mesure de sûreté, c'est la dangerosité criminologique du condamné qui serait en jeu. Pour autant, même s'il n'est pas question de dangerosité psychiatrique, le recours à

¹¹⁷⁴ J. DUFLO, E. MARTIN, *Traité pratique de l'application des peines*, Paris, Sofiac Berger-Levrault, 2010, p. 269.

l'expertise médicale est quand même présent car l'expertise de dangerosité ne se réalise pas sans l'intervention d'un médecin. L'influence de la médicalisation sur les mesures de sûreté ne semble donc pas intéresser que la dangerosité psychiatrique.

b) Les nouvelles mesures de sûreté

347. L'adoption de la rétention de sûreté. Les mesures de sûreté précédemment évoquées qui donnent une assise juridique à la notion de dangerosité, ne sont pas les plus contraignantes pour le condamné. En effet, il existe une gradation dans les mesures de sûreté considérées comme des réponses à la dangerosité. En termes de lutte contre la récidive, le législateur a été encore plus loin avec 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 mental¹¹⁷⁵. « L'essentiel du débat public autour de la loi de 2008 concernait précisément ce constat : des personnes ayant purgé la totalité de leur peine privative de liberté allaient pouvoir être encore incarcérées, même si un tel terme était totalement tabou. La notion de rétention visait précisément à distinguer cette mesure de sûreté de la détention punitive »¹¹⁷⁶. En raison de la surmédiation des crimes particulièrement atroces, la question du risque de récidive des personnes condamnées se pose régulièrement, et de façon encore plus prégnante lorsque ces crimes sont commis sur des mineurs. « Les insuffisances, quant aux problèmes médico-sociaux posés par cette délinquance, de la loi du 1^{er} février 1994 instituant la perpétuité réelle sous la pression médiatique, ont entraîné le vote en urgence de la loi du 25 février 2008¹¹⁷⁷, visant d'une part à prendre en considération l'aspect médical des problèmes soulevés par ce type de délinquance et d'autre part à adapter le système pénal aux malades mentaux jugés irresponsables. L'essentiel de la loi a pour objectif de créer un réseau de relations entre le système médico-social et le système répressif avec une orientation nettement répressive »¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁵ Le décret d'application de la rétention et de la surveillance de sûreté a été pris en Conseil d'Etat, Décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 relatif à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté.

¹¹⁷⁶ M. HERZOG-EVANS, « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté », D. 2008, p. 3098.

¹¹⁷⁷ La loi du 25 février 2008 a été adoptée selon la procédure d'urgence. En effet, elle a été adoptée avec une seule lecture à l'Assemblée nationale, de même qu'au Sénat.

¹¹⁷⁸ G. CASILE-HUGUES, « La médicalisation de la répression dans la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », Gaz. Pal. Mai-juin 2008, p. 1466.

La loi a été vivement critiquée, elle a suscité des polémiques¹¹⁷⁹, « tant par les professions judiciaires que par une grande partie de la doctrine universitaire sans omettre de mentionner un appel de la société civile qui recueille des milliers de signatures contre « l’instauration d’un enfermement sans fin sur présomption de dangerosité » »¹¹⁸⁰. La raison principale étant qu’avec « la loi du 25 février 2008, la mesure de sûreté vient de franchir un cap qu’elle n’avait jamais atteint. Elle est désormais compatible avec une privation totale de liberté, ce qui en fait une forme de relégation »¹¹⁸¹. C’est dans ce climat que le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur la nature de la rétention et son application dans le temps¹¹⁸², après avoir été saisi par les députés et les sénateurs « mais aussi, ce qui est rare, par deux saisines informelles, l’une émanant du syndicat de la magistrature, l’autre émanant de quelques universitaires, magistrats et avocats. La prise de conscience était forte d’un basculement du droit pénal classique et de la dangerosité comme fondement d’une répression non plus seulement par des peines, mais aussi par des mesures de sûreté très lourdes »¹¹⁸³.

Le Conseil constitutionnel s’est positionné en expliquant ce que n’est pas la rétention de sûreté, à savoir qu’elle « n’est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère de punition »¹¹⁸⁴, considérant qu’elle empêche et prévient la récidive des personnes qui souffrent d’un trouble grave de la personnalité et qu’elle repose sur la dangerosité de la personne condamnée¹¹⁸⁵. Dans la mesure où la rétention de sûreté repose sur la dangerosité et non la culpabilité, elle a la nature d’une mesure de sûreté. En effet, « selon une définition retenue unanimement par la doctrine la plus autorisée, la mesure de sûreté dépend de la dangerosité de l’individu et a pour objectif d’éviter la commission d’une infraction future. La rétention de sûreté est bien fondée sur la dangerosité du condamné, sur sa « particulière dangerosité », et elle possède pour objectif

¹¹⁷⁹ J-P CERE, « La rétention de sûreté à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme », AJ pén. 2008, p. 220.

¹¹⁸⁰ C. LAZERGES, *op. cit.*, p. 90

¹¹⁸¹ Y. MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 du 21 février 2008 », D. 2008, p. 1359.

¹¹⁸² Cons. Constit., décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, JORF 26 février 2008, p. 3272 ; *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, cahier n° 24 ; D. 2008, chron. P. 1359, étude Y. MAYAUD ; JCP G 2008, act. 166, B. MATHIEU, *ibid.*, II, 10077, note J-P FELDMAN ; RSC 2008, chron. P. 731, note C. LAZERGES ; *ibid.*, 2009, p. 166, note B. DE LAMY ; LPA 20 mars 2008, p. 3, note F. CHATIEL ; Gaz. Pal. 28 février 2008, n° 59, p. 7 ; AJDA 2008, p. 714, obs. P. JAN.

¹¹⁸³ C. LAZERGES, *op. cit.*, pp. 90-91.

¹¹⁸⁴ Cons. Constit., décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, consid. n° 9.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*

d'éviter que ce dernier ne récidive. A cet égard, la rétention de sûreté est bien une mesure de sûreté »¹¹⁸⁶.

Cependant, en ce qui concerne la non-rétroactivité de la rétention de sûreté, le Conseil considère qu'elle serait « un objet juridique *sui generis* qui, sans être une peine se voit appliquer le régime des peines en ce qui concerne l'application de la loi pénale dans le temps »¹¹⁸⁷. En effet, l'application immédiate de la mesure est refusée par le Conseil constitutionnel « considérant, toutefois, que la rétention de sûreté, eu égard à son caractère renouvelable sans limites et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure pour des faits commis ultérieurement »¹¹⁸⁸. De façon surprenante et critiquable, le Conseil ne justifie pas plus sa prise de position¹¹⁸⁹. Etant donné qu'il considère la rétention de sûreté comme une mesure de sûreté, il aurait été logique de ne pas refuser l'application immédiate. Cette décision « prouve bien que la rétention de sûreté n'est pas pour le Conseil une banale mesure de sûreté »¹¹⁹⁰.

L'article 706-53-13 du Code de procédure pénale prévoit que « A titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté ». La rétention de sûreté vise donc les condamnés considérés comme les plus dangereux, qui ont été condamnés « à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ». L'alinéa 2 précise que la mesure peut également s'appliquer « pour les crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé ». L'article 706-53-13 du Code de procédure pénale semble être la seule définition de la dangerosité donnée par le législateur. La dangerosité se caractériserait par la probabilité très élevée de récidive en raison d'un trouble grave de la personnalité présent chez

¹¹⁸⁶ L. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 262.

¹¹⁸⁷ C. LAZERGES, *op. cit.*, p. 92.

¹¹⁸⁸ Cons. Constit., décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, consid. n° 10.

¹¹⁸⁹ B. MATHIEU, « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle ? A propos de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *JCP G.* 2008, act. 166.

¹¹⁹⁰ C. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC* 2008, p. 731.

l'individu déjà condamné. Toutefois, cette caractérisation donne l'illusion que la notion de dangerosité se définit scientifiquement alors que son appréciation est beaucoup plus difficile.

La loi du 25 février 2008 retient une approche criminologique de la notion de dangerosité car « sont visées les personnes ayant « une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité ». La définition ainsi donnée de la particulière dangerosité a un lien direct avec l'acte de récidive. Pour caractériser cet état dangereux, la personne doit donc avoir déjà commis une première infraction. Autrement dit, la dangerosité retenue « doit se caractériser par le risque de commettre une infraction identique à celle ayant justifié la condamnation prononcée »¹¹⁹¹. Son état particulièrement dangereux repose ensuite sur une probabilité très élevée de répéter l'infraction dans un temps parfois très court ; La dangerosité peut permettre la prévention juridique de la récidive »¹¹⁹². La rétention de sûreté est considérée comme « une mesure de contrainte exceptionnelle »¹¹⁹³ lorsque la personne condamnée présente une dangerosité criminologique importante plus ou moins persistante.

Bien que la loi de 2008 retienne une approche criminologique de la notion de dangerosité, il n'en demeure pas moins que la commission Santé-Justice associe le trouble grave de la personnalité « à des traits de personnalité rigide, inadaptée et responsable d'une altération plus ou moins sévère des relations sociales et professionnelles. Ces troubles peuvent être aigus, transitoires et réactionnels à une situation de conflit ou de contrainte ; ils peuvent aussi être permanents s'ils traduisent une organisation psychique particulière, caractéristique des personnalités pathologiques »¹¹⁹⁴. En utilisant les termes d'organisation psychique et de pathologique, même si c'est la définition de la dangerosité au sens criminologique du terme qui est retenue, il y a quand même un versant médical. En effet, il semble que les notions médicales ne soient jamais très éloignées de celle de dangerosité, donnant naissance à une « dangerosité hybride »¹¹⁹⁵, qui intéresse inmanquablement la médicalisation du droit pénal. La médicalisation du droit pénal intéresse alors toutes les phases de la procédure pénale même le traitement d'après peine. Par ailleurs, la définition du trouble de la personnalité amène à s'interroger s'il ne s'agit pas d'une forme de trouble du discernement déguisé. Il y aurait alors une incohérence à ne pas avoir en amont retenu l'irresponsabilité pénale de l'auteur au sens de

¹¹⁹¹ H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », Dr. pén. 2008, Etude 5.

¹¹⁹² S. JACOPIN, *op. cit.*, p. 227.

¹¹⁹³ C. BYK, *op. cit.*, p. 337.

¹¹⁹⁴ Rapport de la commission Santé-justice, « Pour une meilleure prévention de la récidive », sous la présidence du procureur général J-F Burgelin, juillet 2005, p. 5

¹¹⁹⁵ F. CHOPIN, *op. cit.*, p. 315.

l'article 122-1 du Code pénal. On retrouve la médecine à tous les différents stades, ce qui fait du professionnel de santé un interlocuteur privilégié du magistrat. C'est un recours massif à la médecine par le droit pénal.

348. L'adoption de nouvelles mesures concernant les personnes irresponsables pénalement. La loi du 25 février 2008 prévoit également de nouvelles mesures de sûreté à l'encontre des personnes déclarées irresponsables pénalement en vertu de l'article 122-1 du Code pénal. Dans la mesure où il s'agit de personnes présentant un trouble mental, plus précisément un trouble psychique ou neuropsychique, c'est la dangerosité psychiatrique qui est en jeu.

Tout d'abord, la loi prévoit une nouvelle mesure de sûreté à l'article 706-135 du Code de procédure pénale¹¹⁹⁶, en vertu duquel une hospitalisation complète peut être ordonnée afin que la personne soit admise en soins psychiatriques si « 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 ». L'apport essentiel de la loi de 2008 en la matière est que l'admission en soins psychiatriques peut être décidée par « la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement » qui a prononcé « un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental » et plus exclusivement par l'autorité administrative. Cette mesure est très critiquable, car peut être prononcée contre une personne dont le discernement est aboli.

Ensuite, le législateur a prévu des nouvelles mesures de sûreté applicables aux personnes irresponsables pénalement pour cause de trouble mental et qui sont restrictives de liberté. En vertu de l'article 706-36 du Code de procédure pénale, elles sont au nombre de six : « 1° Interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes catégories de personnes, et notamment les mineurs spécialement désignée ; 2° Interdiction de paraître dans tout lieux spécialement désigné ; 3° Interdiction de détenir ou de porter une arme ; 4° Interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole spécialement désignée, dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ou impliquant un contact habituel avec les mineurs, sans faire préalablement l'objet d'un examen psychiatrique déclarant la personne apte à exercer cette activité ; 5° Suspension du permis de conduire ; 6° Annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis ».

¹¹⁹⁶ La lettre de l'article 706-135 du Code de procédure pénale a été modifiée par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de prise en charge. Dans la version de la loi de 2008, le législateur utilisait l'expression « hospitalisation d'office » et non « admission en soins psychiatriques ».

Ces différentes mesures trouvent leur fondement dans la dangerosité psychiatrique de la personne déclarée pénalement irresponsable, d'autant plus que, toujours selon les dispositions du même article, elles ne peuvent être prononcées qu'après une expertise psychiatrique. Ces nouvelles mesures de sûreté fondées sur la dangerosité psychiatrique témoignent d'une médicalisation du droit pénal.

L'article 131-36-10 du Code pénal précise que la mesure de sûreté a un caractère « indispensable » pour prévenir la récidive. Désormais, « la dangerosité des personnes (ou bien leur caractère dangereux) est devenue une catégorie juridique à part entière tandis qu'elle n'était jusqu'alors qu'une notion psychiatrique ou criminologique débattue »¹¹⁹⁷. Entre 2002 et 2007, quarante lois ont modifié le Code de procédure pénale et une trentaine le Code pénal qui font toutes apparaître la notion de dangerosité. On assiste à une véritable généralisation du recours à cette notion dans les Codes¹¹⁹⁸. L'expression « mesures de sûreté » apparaît explicitement dans les Codes et est directement associée à la dangerosité¹¹⁹⁹. L'influence de la médicalisation sur les mesures de sûreté est d'autant plus prégnante en raison de l'évaluation de la dangerosité car « les deux mots (et concepts) fondamentaux dans la loi du 25 février 2008 sont ceux de dangerosité (ou risque d'une nouvelle infraction) et d'expertise »¹²⁰⁰. En généralisant le recours à la notion de dangerosité, le législateur fait du médecin un interlocuteur indispensable, il rend son intervention quasi-systématique. En sollicitant le professionnel de santé, en le rendant indispensable dans l'évaluation de la dangerosité, le législateur marque, au-delà d'une médicalisation du droit pénal, une véritable sollicitation du savoir médical.

II. L'évaluation perfectible de la dangerosité

349. La difficulté soulevée par l'existence de deux formes de dangerosité. Deux formes de dangerosité sont envisagées non seulement par la doctrine mais aussi par le législateur. La dangerosité psychiatrique et la dangerosité criminologique sont fondamentalement différentes, mais pour autant le législateur ne vise pas spécifiquement l'une ou l'autre dans la loi. En effet, il n'est jamais fait clairement référence à la notion de dangerosité psychiatrique ou à celle de

¹¹⁹⁷ X. LAMEYRE, *op. cit.*, p. 313.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 315.

¹¹⁹⁹ L. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 244.

¹²⁰⁰ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 1000.

dangérosité criminologique. Seule la nature de l'expertise permettant d'évaluer l'une ou l'autre pourrait apporter un éclairage sur leur différenciation.

Néanmoins, régulièrement le législateur a recours à une évaluation médicale de la dangérosité (A). Cette évaluation médicale fait apparaître la pertinence d'une évaluation pluridisciplinaire de la dangérosité (B).

A. L'évaluation médicale de la dangérosité

350. La sollicitation du professionnel de la santé mentale. C'est le professionnel de la santé mentale qui intervient dans l'évaluation de la dangérosité, qu'elle soit psychiatrique ou criminologique, traduisant une multiplication du recours à l'expertise médicale¹²⁰¹, autrement dit, un recours systématique à l'expertise médicale (1). Cependant, la psychiatrie et la criminologie sont deux disciplines très différentes et pour cette raison, il existe des limites à l'évaluation exclusivement médicale (2).

1) **Le recours systématique à l'expertise médicale**

351. L'évaluation de la dangérosité psychiatrique. Ce n'est pas parce qu'une personne souffre d'un trouble mental qu'elle présente nécessairement une dangérosité. « En revanche, la coexistence de ces troubles avec certains facteurs criminogènes conduit inévitablement à une aggravation de la dangérosité psychiatrique »¹²⁰². Afin de tenir compte de la pathologie des personnes déclarées irresponsables pénalement, le législateur a prévu des mesures de sûreté spécialement applicables à cette catégorie de personnes¹²⁰³, la plus contraignante étant l'hospitalisation d'office.

Dans la mesure où la personne présente un trouble mental dont le diagnostic relève de la compétence des psychiatres, le pronostic de la dangérosité psychiatrique est réalisé par ce corps de métier. En effet, en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou en cas de reconnaissance d'altération du discernement, l'admission en soins psychiatrique de la personne, sous la forme d'une hospitalisation d'office peut être prononcée « s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de

¹²⁰¹ G. CASILE-HUGUES, *op. cit.*, p. 1466.

¹²⁰² L. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 164.

¹²⁰³ Art. 706-136, Code de proc. pén.

l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »¹²⁰⁴.

En matière de dangerosité psychiatrique, la compétence des professionnels de la santé mentale se justifie aisément en raison de la spécificité de la discipline et des pathologies. En revanche, en ce qui concerne la dangerosité criminologique, bien qu'elle n'ait pas pour origine un trouble mental, son évaluation est aussi médicale.

352. L'évaluation de la dangerosité criminologique et la place du rôle du juge. En ce qui concerne la dangerosité criminologique, le législateur ne prévoit pas forcément la compétence de l'expert psychiatre contrairement à l'évaluation de la dangerosité psychiatrique. La notion d'expertise médicale doit donc être entendue au sens large, à savoir plus largement que les professionnels de la santé mentale¹²⁰⁵. Pour la constatation de la dangerosité dans le prononcé d'une mesure de sûreté, le législateur donne alors une compétence exclusive à l'expert médical. En effet, il existe bien un recours systématique à ce dernier, expressément prévu par le législateur. Pour cette raison, le prononcé d'une mesure de sûreté est intrinsèquement lié à la parole médicale.

En principe, l'expertise ne doit être qu'un élément de conviction, car « s'il est bien logique que le juge sollicite les conclusions des experts, en raison de sa propre incompetence technique, et se réserve en même temps la faculté de ne pas les suivre »¹²⁰⁶. Néanmoins, les conclusions de l'expert peuvent avoir un caractère contraignant et ce en raison d'un « renforcement du poids des conclusions des rapports d'expertises [...] Avec l'évaluation de l'état dangereux, la loi lie le prononcé de la mesure aux conclusions du rapport d'expertise en faisant de celles-ci une autorisation à la prise de décision, ce qui entraîne une atteinte à l'intime conviction du juge »¹²⁰⁷. En effet, certaines mesures ne peuvent être prononcées qu'après une constatation de dangerosité par une expertise médicale.

Tout d'abord, le placement sous surveillance électronique mobile « ne peut être ordonné qu'à l'encontre d'une personne majeure condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans ou, lorsque la personne a été condamnée pour un crime ou un

¹²⁰⁴ Art. 706-135, Code de proc. pén.

¹²⁰⁵ Elle concerne l'expertise psychiatrique, l'expertise médico-psychologique ou médicale.

¹²⁰⁶ R. VOUIN, « Le juge et son expert », D. 1955, p. 131.

¹²⁰⁷ J-P VAUTHIER, *op. cit.*, pp. 502-503.

délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale, d'une durée égale ou supérieure à cinq ans, et dont une expertise médicale a constaté la dangerosité »¹²⁰⁸.

De plus, lorsque le suivi socio-judiciaire est prononcé à la suite d'une peine privative de liberté et qu'il prend ainsi la nature d'une mesure de sûreté, une expertise médicale doit intervenir en vue de la libération pour déterminer le prononcé des obligations qui découlent de la mesure et notamment la soumission à une injonction de soins¹²⁰⁹.

Ensuite, pour ce qui est du prononcé de la surveillance judiciaire, le législateur prévoit expressément que, le risque de récidive « doit être constaté par une expertise médicale ordonnée par le juge de l'application des peines »¹²¹⁰.

De même, lorsque malgré son placement sous surveillance judiciaire, la personne condamnée présente toujours une dangerosité persistante, son placement sous surveillance de sûreté pour une durée de deux ans ne pourra être ordonné qu'après une expertise médicale constate cette persistance de la dangerosité¹²¹¹.

Par ailleurs, concernant la rétention de sûreté et dans la mesure où il s'agit de la mesure de sûreté la plus contraignante, l'expertise médicale est renforcée. En effet, le législateur a prévu que l'évaluation de la dangerosité devait être assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts¹²¹².

L'expertise médicale est en matière de mesures de sûreté, une condition d'application de ces dernières, ce qui constitue une obligation pour le juge, qui ne peut se passer du médecin dans l'évaluation de la dangerosité. Sans le recours à l'expertise, le magistrat ne peut décider de la nécessité d'une mesure de sûreté. Cette condition donne un rôle fort aux experts dans l'évaluation de la dangerosité. En médicalisant à outrance le droit pénal, le législateur en vient à imposer la compétence des médecins au juge pénal, car il ne semble pas compétent pour déterminer la dangerosité de la personne condamnée, d'autant plus s'il est question d'une dangerosité psychiatrique. Toutefois, ce recours systématique à l'expertise médicale rencontre des limites en matière d'évaluation de la dangerosité criminologique.

¹²⁰⁸ Art. 131-36-10, Code pénal ; Art. 763-10, Code de proc. pén.

¹²⁰⁹ Art. 763-3, Code de proc. pén.

¹²¹⁰ Art. 723-31, Code de proc. pén.

¹²¹¹ Art. 23-37, Code de proc. pén.

¹²¹² Art. 706-53-14, al. 2, Code de proc. pén.

2) Les limites de l'évaluation exclusivement médicale

353. Le trouble semé par la définition de la dangerosité. Malgré les reproches formulés à l'encontre des experts psychiatres, estimant qu'ils n'évaluent pas au plus juste, le législateur leur donne compétence dans l'évaluation de la dangerosité¹²¹³.

Cependant, « le fait de les asséner à une place de l'ordre public qui deviendrait prioritaire soulève toujours beaucoup de résistances »¹²¹⁴. Dans la mesure où la dangerosité est devenue une question centrale ces dernières décennies et ce en raison de la lutte contre la récidive, la mission confiée aux psychiatres est primordiale soit pour décider que le condamné recouvre sa totale liberté, soit pour lui infliger une mesure de sûreté. Il revient alors aux experts psychiatres de tenter de répondre au mieux aux attentes fixées par le législateur en termes d'évaluation de la dangerosité. En effet, ils ont dû s'intéresser à la notion de dangerosité et « ont essayé de définir les bases sur lesquelles la profession pouvait s'appuyer pour continuer de répondre à ce travail d'articulation juridique qui est un des piliers de l'action de santé publique »¹²¹⁵.

La dangerosité renvoie à la forte probabilité de commettre une infraction. Toutefois, que faut-il entendre par forte probabilité ? La définition même de la dangerosité pose problème car elle donne l'illusion de poser des contours scientifiques alors qu'elle manque de clarté. Le législateur inclue la notion de dangerosité comme si elle était connue et saisie de tous. Cependant, le premier problème avec la notion de dangerosité c'est sa définition. En effet, elle a reçu différentes définitions « au cours de l'histoire, au fil des représentations sociales englobant des actes, des potentialités, des modalités de relations individuelles familiales ou groupales, recouvrant la notion de violence en grande partie »¹²¹⁶.

Comme le législateur donne compétence au même corps de métier que ce soit pour l'évaluation du trouble mental ou l'évaluation de la récidive, il ne semble pas qu'il marque une nette différence entre la dangerosité psychiatrique et la dangerosité criminologique.

354. La place du rôle du juge. L'expertise ne doit être qu'un élément de conviction, car « s'il est bien logique que le juge sollicite les conclusions des experts, en raison de sa propre incompétence technique, et se réserve en même temps la faculté de ne pas les suivre »¹²¹⁷.

¹²¹³ S. BARON LAFORET, A. CASANOVA, « L'expertise et l'évaluation de la dangerosité pour la JRSS rétention de sûreté », AJ pén. 2014, p. 111.

¹²¹⁴ *Ibid.*, p. 111.

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. 111.

¹²¹⁶ *Ibid.*, p. 111.

¹²¹⁷ R. VOUIN, « Le juge et son expert », D. 1955, p. 131.

Néanmoins, les conclusions de l'expert peuvent avoir un caractère contraignant et ce en raison d'un « renforcement du poids des conclusions des rapports d'expertises [...] Avec l'évaluation de l'état dangereux, la loi lie le prononcé de la mesure aux conclusions du rapport d'expertise en faisant de celles-ci une autorisation à la prise de décision, ce qui entraîne une atteinte à l'intime conviction du juge »¹²¹⁸. Certaines mesures ne peuvent être prononcées qu'après une constatation de dangerosité par une expertise médicale. C'est le cas du placement sous surveillance électronique, de la surveillance judiciaire et de la surveillance de sûreté.

355. Les difficultés pratiques rencontrées par les experts. L'Académie nationale de médecine (ANM) et le Conseil national des compagnies d'experts judiciaires (CNCEJ) ont alerté le législateur sur les difficultés que les experts pouvaient rencontrer dans l'évaluation de la dangerosité. Ils préconisaient ainsi plusieurs améliorations des conditions de travail de l'expert à l'occasion du vote de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines¹²¹⁹. Pour commencer, l'accès facilité aux informations médicales, sociales et judiciaires du condamné était préconisé. En effet, cela permettrait à l'expert de connaître les antécédents de la personne qu'il doit examiner.

Ensuite, les deux instances demandaient que les conditions d'accès aux détenus ainsi que les conditions d'examen soient aménagées. Il était reproché un accueil de l'expert au même titre qu'un simple visiteur.

Par ailleurs, le rapport insistait sur la nécessité de recourir à des expertises collégiales ou contradictoires.

De plus, l'ANM et le CNCEJ recommandaient de revaloriser l'acte de l'expert au pénal. Ils alertaient sur la difficulté de produire un travail de qualité en raison des rémunérations moindres des experts, alors même que les missions qui leur sont confiées demandent du temps et comportent d'importantes responsabilités.

Enfin, l'absence de formation continue et spécifique en la matière des experts était déplorée. En effet, parce que l'évaluation de la dangerosité, qu'elle soit psychiatrique ou criminologique, peut avoir de lourdes conséquences sur l'avenir de la personne condamnée, il semble nécessaire que les experts se prononcent de concert, et après avoir suivi une formation théorique « en sciences criminelles, en psychiatrie légale ou criminelle, en psychologie légale ou criminelle,

¹²¹⁸ J-P VAUTHIER, *op. cit.*, pp. 502-503.

¹²¹⁹ Rapport de l'Académie nationale de médecine et du conseil national des compagnies d'experts judiciaires, Evaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologiques, 6 novembre 2012, pp. 12-13.

relative à l'expertise judiciaire ou à la prévention de la récidive ». Cela étant d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la dangerosité criminologique, qui demande une connaissance globale du sujet et non seulement de ses troubles mentaux. La question se pose de savoir si le législateur a entendu ces préconisations.

D'une part, les recommandations de l'ANM et du CNCEJ ont en partie été entendues par le législateur. Désormais, en matière de prévention de la délinquance sexuelle et plus précisément d'injonction de soins, le juge communique au médecin traitant les rapports d'expertises médicales effectuées au cours de la procédure ainsi que toute pièce utile au dossier¹²²⁰. Toujours dans un souci de faciliter l'accès aux informations médicales, le secret médical ne peut pas être opposé aux praticiens qui exercent en milieu pénitentiaire et qui transmettent les informations médicales au médecin coordonnateur¹²²¹. Néanmoins, cette évolution ne concerne pas l'évaluation de la dangerosité mais simplement sa prise en charge.

D'autre part, concernant directement l'évaluation de la dangerosité, et surtout la connaissance par l'expert des informations personnelles du condamné, le législateur fait la promotion du répertoire des données à caractère personnel dans le cadre des procédures judiciaires (RDCPJ). Le RDCPJ créé par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010, est prévu à l'article 706-56-2 du Code de procédure pénale. Il « centralise les expertises, évaluations et examens psychiatriques, médico-psychologiques et pluridisciplinaire »¹²²², aux différentes étapes de la procédure. Ces informations sont accessibles, par l'intermédiaire de l'autorité judiciaire et pour l'exercice de leurs missions, aux membres de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, aux experts et aux personnes chargées par l'autorité judiciaire ou l'administration pénitentiaire d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité¹²²³. Le RDCPJ contribue donc à renforcer la qualité des expertises d'évaluation de la dangerosité en permettant aux experts de connaître les antécédents de la personne qu'ils doivent examiner. La limite est cependant que ces données sont uniquement celles recueillies au cours de la procédure, autrement dit, celles récoltées sous l'autorité judiciaire.

Concernant désormais la question de la formation des experts pour l'évaluation de la dangerosité, deux mesures ont été prises. Dans un premier temps, pour améliorer l'évaluation de la dangerosité, l'absence de formation commune des experts a été dénoncée. Un outil

¹²²⁰ Art. L. 3711-2, al. 1^{er}, CSP.

¹²²¹ Art. L. 3711-2, al. 2, CSP.

¹²²² Art. 706-56-2, al. 2, Code de proc. pén.

¹²²³ Art. 706-56-2, al. 5 et 6, Code de proc. pén.

commun à tous les experts a donc été créé, il s'agit du diagnostic à visée criminologique (DAVC). Le DAVC se construit avec les différents professionnels qui interviennent dans l'évaluation de la dangerosité et a vocation à devenir la formalisation du travail d'évaluation¹²²⁴. Dans un second temps, la création de nouvelles structures nationales d'évaluations ainsi que de nouveaux ETPT¹²²⁵ de psychologues¹²²⁶.

Toujours au sujet de la formation, l'engagement d'une réflexion sur la nouvelle impulsion à donner à l'enseignement de la criminologie était demandé, notamment dans les universités afin de donner une plus grande visibilité à cette discipline. En effet, il existe deux méthodes d'évaluation de la dangerosité. La méthode clinique reposant sur des entretiens avec la personne condamnée, bien utilisée pour les expertises psychiatriques et la méthode actuarielle qui trouve son fondement sur des échelles de risques mais très peu usitée par les experts français¹²²⁷. Dans le but de promouvoir le développement du recours à la méthode actuarielle pour l'évaluation de la dangerosité criminologique, une approche pluridisciplinaire est recommandée, ce que le législateur a pris en considération.

B. La pertinence d'une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité

356. Le dépassement de la mission du professionnel de la santé mentale. Dans la mesure où le législateur demande à l'expert de se prononcer sur la forte probabilité d'un futur passage à l'acte, il en vient à faire un pronostic alors que la mission du professionnel de la santé est de poser un diagnostic¹²²⁸. La mission allouée à l'expert entre donc en contradiction avec la profession qu'il exerce.

La justice « sollicite l'expert bien au-delà de sa compétence de psychiatre en lui demandant d'élargir son approche à une analyse psycho-criminologique, en oubliant alors que la criminologie est par essence pluridisciplinaire associant notamment un regard social,

¹²²⁴ Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, Rapport annexé à la loi n° 2°12-409 du 27 mars 2012 relative à l'exécution des peines.

¹²²⁵ Il s'agit de l'équivalent temps plein annuel travail qui est une unité de décompte dans laquelle s'expriment les plafonds d'emplois et les consommations de ces plafonds. Ce décompte est proportionnel à l'activité des agents qui se mesure en fonction de leur quotité de temps de travail et de leur période d'activité sur l'année.

¹²²⁶ Le Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines prévoit la création de 103 ETPT de psychologues et de 50 ETPT pour l'évaluation approfondie de la dangerosité des personnes condamnées à une longue peine et qui présentent un degré de dangerosité supérieur.

¹²²⁷ Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, Rapport annexé à la loi n° 2°12-409 du 27 mars 2012 relative à l'exécution des peines.

¹²²⁸ Rapport de l'Académie nationale de médecine et du conseil national des compagnies d'experts judiciaires, Evaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologiques, 6 novembre 2012, p. 10.

environnemental, et culturel, sans parler d'une ouverture indispensable au droit pénal et à la pénologie »¹²²⁹.

Une évaluation pluridisciplinaire est préférée car la dangerosité doit « être conçue comme un processus dynamique dont l'évaluation ne saurait se réduire à celle d'un individu »¹²³⁰. Est envisagée une « étude scientifique du délinquant »¹²³¹ dans sa globalité. Néanmoins, « des rapports professionnels et parlementaires rappellent que la dangerosité recouvre des notions de criminologie et incite à un élargissement professionnel d'analyse. Mais la criminologie souffre d'une définition floue auprès du public comme des professionnels : de son objet – qui ne se réduit pas au profilage – et de son contenu – plus large qu'on l'imagine, le processus criminel incluant l'environnement, la culture, la sociologie, la psychologie des protagonistes »¹²³². La seule parole médicale n'est pas suffisante pour évaluer la dangerosité criminologique donc pour pallier cela, le législateur a œuvré dans la création d'institutions pluridisciplinaires, le Centre national d'évaluation (CNE) (1), et les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté (CPMS) (2).

1) La création du Centre national d'évaluation

357. Les compétences étendues du CNE. La loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale a élargi l'évaluation de la dangerosité avec la nouvelle désignation du Centre national d'observation en CNE¹²³³. « Depuis novembre 2011, les centres nationaux d'évaluation sont situés sur deux sites, celui du centre pénitentiaire de Fresnes et celui du centre pénitentiaire Sud-Francilien »¹²³⁴. En octobre 2012 un troisième site a vu le jour, le site d'évaluation de Lille-Loos-Sequedin.

¹²²⁹ J.-L. SENON et C. MANZANERA, *op. cit.*, p. 66.

¹²³⁰ Rapport de l'Académie nationale de médecine et du conseil national des compagnies d'experts judiciaires, Evaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologiques, 6 novembre 2012, p. 6.

¹²³¹ J. DANET, *op. cit.*, p. 58.

¹²³² S. BARON LAFORET, A. CASANOVA, *op. cit.*, p. 111.

¹²³³ Le 15 août 1950 a été créé le « centre de triage » de Fresnes devenu dès 1951 le Centre National d'Orientation. Avant la loi du 10 mars 2010 le Centre national d'évaluation était désigné par la dénomination de Centre national d'observation (CNO). Plus précisément, il s'agissait du Centre national d'observation de Fresnes institué en 1985. C'est le décret n° 2010-350 du 31 mars 2010 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif au Centre national d'évaluation qui a changé la désignation du CNO en CNE. Désormais, aux articles D. 75, D. 81-1, D. 81-2, D. 82-3, D. 82-4 et D. 527-1 du Code de procédure pénale c'est bien la désignation de CNE qui est retenue.

¹²³⁴ Circulaire du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, pp. 8-9.

Le CNE, service de l'administration pénitentiaire, procède à deux types d'évaluation. Dans un premier temps, il propose une affectation en établissement pour longues peines adaptée à la personnalité des condamnés et formule des préconisations de prise en charge. Dans un second temps, il détermine l'existence ou la persistance d'une dangerosité chez les condamnés lors de l'examen d'une demande d'aménagement de peine ou d'une mesure de sûreté¹²³⁵.

D'un point de vue procédural « la compétence du CNE est aujourd'hui particulièrement vaste puisqu'il peut être sollicité en début de peine ou en cours d'exécution de la peine »¹²³⁶. Tout d'abord, pour ce qui est de la prise en charge en début de peine, il faut se référer à l'article 717-1 A du Code de procédure pénale qui dispose, « Dans l'année qui suit sa condamnation définitive, la personne condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13 est placée, pour une durée de six semaines, dans un service spécialisé permettant de déterminer les modalités de la prise en charge sociale et sanitaire au cours de l'exécution de sa peine. Au vu de cette évaluation, le juge de l'application des peines définit un parcours d'exécution de la peine individualisé. Si la personne souffre de troubles psychiatriques, sur indication médicale, elle fait l'objet d'une prise en charge adaptée à ses besoins, le cas échéant en hospitalisation ».

La mission du CNE est de « dresser un bilan pluridisciplinaire de la personnalité du condamné afin de proposer au bureau de gestion de la détention une affectation en établissement pour peines adaptée à sa catégorie pénale, son âge, son état de santé, sa personnalité, sa dangerosité et ses efforts en matière de réinsertion sociale »¹²³⁷.

Ensuite, en cours d'exécution de la peine, les articles D. 82 et D. 82-3 du Code de procédure pénale prévoient que le CNE peut intervenir pour évaluer la personnalité du condamné pour une demande de changement d'affectation émanant de ce dernier ou du chef d'établissement.

De plus, en vertu de l'article D. 82-4 du même Code, le ministre de la justice peut demander une évaluation de la personnalité du condamné au CNE dans la perspective par exemple d'une libération conditionnelle ou encore d'une meilleure individualisation de la peine.

Désormais, concernant plus précisément l'évaluation de la dangerosité du condamné, la loi du 25 février 2008 a étendu la compétence du CNE en modifiant « fortement la physionomie

¹²³⁵ C. GIUSTI, Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, BOMJ n° 2015-07 du 31 juillet 2015, p. 2.

¹²³⁶ L. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 414.

¹²³⁷ C. GIUSTI, Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, BOMJ n° 2015-07 du 31 juillet 2015, p. 2.

de la structure en introduisant une mission systématique d'évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité »¹²³⁸ en cas de décision relative à une rétention de sûreté. En revanche, pour le prononcé d'une surveillance judiciaire, l'admission au CNE est facultative. En effet, elle est laissée à la libre appréciation du juge de l'application des peines ou du procureur de la République¹²³⁹. Le caractère facultatif de l'intervention du CNE pour la surveillance judiciaire et son caractère obligatoire pour la rétention de sûreté s'explique par la différence de gravité entre les deux mesures, la rétention de sûreté étant privative de liberté, pour une durée d'un an renouvelable indéfiniment.

En vertu de l'article 730-2 du Code de procédure pénale, l'intervention du CNE est également obligatoire pour décider d'une libération conditionnelle¹²⁴⁰.

358. La pluridisciplinarité du CNE dans sa composition. Le CNE est composé d'une équipe pluridisciplinaire dans laquelle on retrouve quatre pôles : un pôle surveillance, le service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP), un pôle psychotechnique et un pôle psychologique¹²⁴¹. Plus précisément, outre un directeur d'établissement pénitentiaire, des surveillants et personnels pénitentiaire et d'insertion, du personnel socio-éducatif, des psychologues, des surveillants spécialement formés pour faire passer aux détenus l'ensemble des tests psychotechniques, un médecin généraliste et des médecins psychiatres se retrouvent au sein du CNE¹²⁴².

Bien que dans la composition du CNE il y ait un médecin généraliste et des professionnels de la santé mentale, il faut souligner la réelle volonté d'établir une approche pluridisciplinaire car les détenus, au-delà de passer des tests psychologiques, psychiatriques et psychotechniques, participent à des activités éducatives. « Cette variété tient aux professions représentées [...] : pôle insertion et probation, pôle psychologique, pôle psychotechnique, pôle surveillance et

¹²³⁸ Circulaire du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, p. 8.

¹²³⁹ Arts. 723-31-1 et D. 147-34, Code de proc. pén.

¹²⁴⁰ En matière de libération conditionnelle, le décret n° 2011-1986 du 28 décembre 2011 modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'application des peines précisant les modalités d'application de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, précise les modalités d'admission des condamnés au CNE en vue d'une libération conditionnelle.

¹²⁴¹ Circulaire du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, p. 9.

¹²⁴² J-P GARRAUD, Réponses à la dangerosité, Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier Ministre à Monsieur Jean-Paul Garraud, Député de la Gironde, sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 2006, p. 83.

direction »¹²⁴³. « Le travail pluridisciplinaire est organisé autour de deux types de réunions auxquelles participent les membres de l'équipe : d'une part, des réunions d'étude de cas au cours desquelles la situation de tous les détenus stagiaires doit être passée en revue et faire l'objet d'un bilan ; d'autre part, des réunions de méthode au cours desquelles les membres de l'équipe doivent pouvoir échanger et confronter leurs pratiques professionnelles »¹²⁴⁴.

A l'image de ce qui était prévu pour son prédécesseur le Centre national d'observation (le CNO), le temps d'observation de la personne condamnée est en moyenne de six semaines. Déjà à l'époque du CNO, cette durée était félicitée et considérée comme un véritable atout. En effet, étant suffisamment longue, elle permet d'engager une relation de dialogue entre les professionnels et le détenu donc une certaine relation de confiance afin de connaître les attentes et besoins de ces derniers¹²⁴⁵. En 2008 et à propos du CNO était constaté qu'une telle période d'évaluation offrait « un temps d'écoute et d'attention plus humain »¹²⁴⁶, un condamné rapportait d'ailleurs « depuis 3 ans, c'est la première fois qu'un « homme en bleu » [un surveillant] m'a serré la main »¹²⁴⁷. La pluridisciplinarité au sein du CNE semble d'ailleurs porter ses fruits car « même si les détenus longue peine disposent d'un temps carcéral long pour réfléchir aux faits, à leur parcours personnel et à leur avenir, le temps du passage au CNE est souvent très utile pour permettre cette réflexion personnelle. Beaucoup travaillent déjà en détention avec les psychiatres, les psychologues et avec les CPIP sur leur parcours. Mais, le temps du CNE, avec ses multiples entretiens apparaît comme un moment important dans l'évolution de la réflexion, comme une parenthèse durant la détention qui oblige à se concentrer sur sa personne »¹²⁴⁸.

A l'issue de la session d'évaluation, une synthèse d'évaluation de la personne condamnée est rendue. « L'évaluation de la dangerosité des personnes détenues condamnées s'inscrivant dans un processus juridictionnel, la synthèse réalisée par le CNE est considérée comme un

¹²⁴³ Rapport n° 17-33, Les longues peines, GIP mission justice, E. BONIS, N. DERASSE (dir.), septembre 2020, p. 22, www.gip-recherche-justice.fr/publication/les-longues-peines/.

¹²⁴⁴ J-P GARRAUD, Réponses à la dangerosité, Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier Ministre à Monsieur Jean-Paul Garraud, Député de la Gironde, sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 2006, p. 83.

¹²⁴⁵ P. GOUJON, C. GAUTIER, Rapport d'information n° 420 fait au nom de la commission des lois sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, La documentation Française, 2006, p. 35.

¹²⁴⁶ J-R LECERF, Rapport n° 174 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, 2008, p. 15.

¹²⁴⁷ J-R LECERF, *ibid.*, p. 15.

¹²⁴⁸ Rapport n° 17-33, Les longues peines, GIP mission justice, E. BONIS, N. DERASSE (dir.), septembre 2020, p. 141, www.gip-recherche-justice.fr/publication/les-longues-peines/.

document préparatoire à une décision judiciaire. A ce titre, elle est transmise par le CNE à l'autorité de saisine et n'est pas communicable par l'administration pénitentiaire à la personne détenue »¹²⁴⁹. L'évaluation de la dangerosité n'est plus simplement psychiatrique ou psychologique ce qui répond aux craintes formulées dans différents rapports en ce qui concerne l'évaluation de la dangerosité criminologique. L'effort de pluridisciplinarité tend à contrebalancer l'influence trop forte de la médicalisation sur le droit pénal et surtout tend à légitimer l'évaluation strictement médicale de la dangerosité trop souvent décriée. Cet effort de pluridisciplinarité se voyait également au travers de la création des commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté (CPMS).

2) La création des commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté

359. La compétence des CPMS. La mission fondamentale des CPMS était d'évaluer la dangerosité. Elles avaient été instaurées par la loi du 2 décembre 2005 et son décret d'application n° 2007-1169 du 1^{er} août 2007 relatif au placement sous surveillance électronique mobile. Il existait plusieurs CPMS et elles exerçaient leur compétence dans le ressort d'une ou de plusieurs cours d'appel¹²⁵⁰. Selon l'arrêté du 23 août 2007 fixant le nombre, la localisation et la compétence territoriale des commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, modifié par un arrêté du 5 février 2013, elles étaient au nombre de huit (Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris, Rennes, Fort-de-France) et avaient chacune leur compétence territoriale¹²⁵¹. Les CPMS ont été supprimées par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019. Un rapport¹²⁵² préconisait de solliciter les membres des CPMS « venus d'horizons professionnels différents, pour constituer une commission pluridisciplinaire qui, au sein du CNE et une fois le cycle d'évaluation achevé, pourrait être réunie afin d'apporter son avis sur les synthèses pluridisciplinaires présentées par le directeur de la structure. Dans ce cadre, les membres de cette instance pourraient avoir accès en amont aux rapports des différents pôles du CNE et, une fois la synthèse présentée, procéder à l'audition, depuis son établissement, de la personne détenue concernée. Un tel dispositif permettrait en outre de proposer à cette dernière un retour

¹²⁴⁹ C. GIUSTI, Note du 17 juillet 2015 relative au Centre national d'évaluation des personnes détenues, BOMJ n° 2015-07 du 31 juillet 2015, p. 8.

¹²⁵⁰ Art. R. 61-7, ancien, code de proc. pén.

¹²⁵¹ Art. A. 37-34, ancien, code de proc. pén.

¹²⁵² Rapport n° 17-33, Les longues peines, GIP mission justice, E. BONIS, N. DERASSE (dir.), septembre 2020, www.gip-recherche-justice.fr/publication/les-longues-peines/.

sur les entretiens et sur les conclusions rédigées par l'équipe du centre avant que le rapport du CNE ne soit transmis au tribunal d'application des peines »¹²⁵³.

Selon l'article 763-10 du Code de procédure pénale, un an avant la date prévue de la libération d'une personne condamnée, un examen de cette dernière devait être mis en œuvre afin d'évaluer sa dangerosité et de mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction. Cet examen était justement réalisé par une CPMS et de celui-ci pouvait dépendre le placement sous surveillance électronique mobile à la suite d'une peine privative de liberté.

La loi de 2008 élargissait la compétence des CPMS en la faisant intervenir pour le placement en rétention de sûreté. Tant la rétention de sûreté est une mesure contraignante car privative de liberté, le législateur avait prévu en plus de l'avis du CNE, l'avis de la CPMS, la pluridisciplinarité était donc renforcée en fonction de la gravité de la mesure.

Rien que par leur dénomination, ces commissions se voulaient pluridisciplinaires, ce qui se justifiait au regard de leur composition. En effet, au sein d'une CPMS on retrouvait, le président de chambre à la cour d'appel, le préfet de région, préfet de la zone de défense dans le ressort de laquelle siège la commission (ou son représentant), le directeur interrégional des services pénitentiaires compétent dans le ressort de la cour d'appel où siège la commission (ou son représentant), un expert psychiatre, un expert psychologue titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisées ou d'un master de psychologie, un représentant d'une association d'aide aux victimes et un avocat (membre du conseil de l'ordre)¹²⁵⁴.

Au sein des commissions des professionnels de la santé mentale se retrouvaient, mais ils travaillaient en collaboration avec des professionnels d'autres horizons. Comme pour le CNE, la composition des CPMS témoignait de la volonté du législateur de ne pas exiger la seule parole médicale mais d'élargir l'évaluation à un public plus diversifié. Cela répondait aux critiques formulées relatives à l'absence de prise en considération de la particularité de la dangerosité criminologique, qui ne doit pas relever d'une analyse uniquement médicale.

C'est le juge d'application des peines ou le procureur de la République qui pouvait saisir la CPMS, elle rendait ensuite un avis motivé dans les trois mois de sa saisine¹²⁵⁵. La portée des avis émis par les CPMS était à relativiser car ils n'étaient que consultatifs. En effet, les commissions pouvaient rendre des avis favorables ou défavorables pour le prononcé d'une

¹²⁵³ E. BONIS, N. DERASSE, « Pour une révision des aménagements des longues peines », AJ pén. 2021, p. 250.

¹²⁵⁴ Art. R. 61-8, ancien, code de proc. pén.

¹²⁵⁵ Art. R. 61-9, ancien, code de proc. pén.

mesure de sûreté, ils n'étaient pas contraignants pour l'autorité judiciaire. En revanche, en ce qui concernait la rétention de sûreté, l'avis était déterminant, car elle ne pouvait pas être prononcée s'il était défavorable¹²⁵⁶. Une fois de plus, la gravité de la rétention de sûreté semblait justifier qu'une telle importance était donnée à l'avis de la commission car les magistrats n'ont pas compétence pour évaluer seuls la dangerosité de la personne.

Les moyens mis à la disposition pour établir les avis étaient assez larges car la commission pouvait « procéder ou faire procéder sur l'ensemble du territoire national à tous les examens, auditions, enquêtes administratives, expertises ou autres mesures utiles »¹²⁵⁷. Ce panel d'éléments servant à fonder la décision de la commission démontre qu'il y avait une pluridisciplinarité dans l'évaluation de la dangerosité. Le législateur n'avait pas seulement prévu une transmission des expertises médicales effectuées au cours de la procédure ou du dossier médical de la personne condamnée. La liste des possibilités ne s'arrêtait pas aux seules préoccupations médicales ce qui semblait plus en adéquation avec une évaluation de la dangerosité criminologique. Certes, « les expertises médicales conservent une importance capitale mais elles sont complétées par d'autres examens et enquêtes afin d'acquérir une vision globale de la dangerosité de l'individu évalué. Cette démarche pluridisciplinaire est bien évidemment associée à l'accroissement du nombre de mesures de sûreté et à la diversification de ces mesures »¹²⁵⁸.

L'influence de la médicalisation dans l'évaluation de la dangerosité criminologique est donc à tempérer avec l'instauration d'institutions pluridisciplinaires. Le législateur a pris la mesure de la nécessité d'ouvrir les évaluations à d'autres professionnels créant ainsi une véritable collaboration entre différentes disciplines. Néanmoins, il est un domaine où la présence médicale est forte, celui de la prise en charge des personnes dans l'exécution d'une mesure de sûreté.

¹²⁵⁶ Art. 706-53-15, ancien, code de proc. pén.

¹²⁵⁷ Art. R. 61-10, ancien, code de proc. pén.

¹²⁵⁸ L. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 421.

Section 2 : La prise en charge de la dangerosité

360. L'application des mesures de sûreté à une certaine catégorie de personnes. A la lecture des dispositions relatives aux mesures de sûreté, il ressort vite que ces dernières ne s'appliquent qu'aux personnes considérées comme dangereuses. Ces personnes forment une catégorie qui comprend elle-même des groupes spéciaux. « La mesure de sûreté apparaît donc en législation au fur et à mesure que sont reconnus et isolés certains groupes spéciaux de délinquants : délinquants d'habitude, psychopathes, mineurs, buveurs et intoxiqués, dérégles sexuels, et bien d'autres catégories encore que la science criminelle moderne s'est donnée pour tâche d'isoler et de définir. Le problème consiste alors à passer de l'automatisme légal de la peine commise au traitement social du groupe envisagé. Partie de cette base, la législation des mesures de sûreté s'organise en vue de son double but qui tend d'une part, à la rééducation du délinquant, et d'autre part, à la protection de la Société. Elle cherche donc à constituer moins une législation pénale qu'une législation sociale et l'on pourrait même dire qu'elle est doublement sociale dans son point de départ : le délinquant, et dans but ultime : la communauté de citoyens qu'il s'agit de protéger efficacement »¹²⁵⁹.

Afin de répondre à ce double but, le législateur fixe dans un premier temps les modalités de la prise en charge des personnes dangereuses (I), ce qui entraîne certaines incidences (II).

I. Les modalités de la prise en charge des personnes dangereuses

361. L'importance de la nature de l'acte commis. L'acte commis par une personne est le point de départ dans le cheminement du prononcé et de l'exécution d'une mesure de sûreté. La nature de l'acte importe beaucoup dans la mesure où elle va déterminer la dangerosité de la personne. Pour cette raison, on considère qu'il y a un lien étroit entre dangerosité et gravité de l'infraction (A) mais aussi entre dangerosité et traitement curatif (B).

¹²⁵⁹ Commission internationale pénale et pénitentiaire, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport par M. ANCEL, Melun, 1950, p. 52.

A. Le lien étroit entre dangerosité et gravité de l'infraction

362. La dangerosité fondée sur l'infraction commise. La dangerosité et la gravité ont un lien étroit car en pour les personnes déclarées responsables pénalement, leur dangerosité dépend de l'infraction commise. « Le législateur limite la plupart des dispositifs à l'attention des personnes dangereuses à la commission de certaines infractions seulement »¹²⁶⁰.

La rétention de sûreté est la mesure de sûreté la plus contraignante donc le législateur a prévu qu'elle ne puisse pas être prononcée pour n'importe quelle infraction. Autrement dit, c'est la particulière dangerosité de la personne qui justifie le prononcé de la rétention, et il semble alors que sa particulière dangerosité dépende de l'infraction commise. En effet, les infractions concernées par la rétention de sûreté sont des crimes très graves dont la peine de réclusion criminelle prononcée est d'une durée égale ou supérieure à quinze ans¹²⁶¹. L'article 706-53-13 du Code de procédure pénale, en plus d'être relatif à la rétention de sûreté, vise une catégorie d'auteurs d'infractions concernés par une surveillance judiciaire ou une surveillance de sûreté¹²⁶².

L'article 706-53-13 du Code de procédure pénale distingue deux catégories d'infractions visées par la rétention de sûreté en fonction de l'âge de la victime. Si la victime est mineure sont concernées les infractions « d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ». Si la victime est majeure, sont concernés les crimes « d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé [...] ou lorsqu'ils sont commis en récidive, de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ».

« La circonstance aggravante tenant à l'âge de la victime prend généralement en compte, et particulièrement pour les infractions mentionnées, l'âge de 15 ans. Ainsi, lorsqu'un meurtre est commis sur un mineur âgé de 16 ans, il n'est pas aggravé du fait de l'âge, et ne tombe pas sous le coup de la seconde phrase de l'article 706-53-13 du code de procédure pénale. Ce faisant, le législateur fait donc de la minorité en tant que telle sinon une nouvelle circonstance aggravante, du moins la condition d'application d'une nouvelle mesure très rigoureuse. C'est

¹²⁶⁰ F. ROUSSEAU, « Dangerosité et sanction pénale », in *Peine, dangerosité, quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 265.

¹²⁶¹ Art. 706-53-13, al. 1^{er}, Code de proc. pén.

¹²⁶² Art. 706-53-19 Code de proc. pén.

donc une nouvelle étape dans la protection générale des mineurs victimes d'infractions ». ¹²⁶³ Pour le prononcé d'une rétention de sûreté, il faut considérer que lorsque le crime est commis sur un mineur l'infraction est déjà aggravée en elle-même en raison de l'âge de la victime, donc aucune autre circonstance aggravante n'est exigée. En revanche, lorsque le crime est commis sur un majeur pour que l'infraction soit considérée comme suffisamment grave pour envisager une rétention de sûreté, le législateur exige une circonstance aggravante ou un état de récidive.

Parce que la personne a commis une infraction très grave, le législateur estime qu'elle est susceptible de présenter une particulière dangerosité. Le législateur a pris en considération un critère objectif à savoir que l'infraction doit faire encourir une peine d'emprisonnement et un critère subjectif, la nécessité que l'infraction redoutée soit réellement grave ¹²⁶⁴. Il y a bien un lien étroit entre la gravité de l'infraction et la dangerosité de la personne condamnée dans le prononcé d'une rétention de sûreté. La prise en charge de la dangerosité dépend de la gravité de l'infraction commise. La gravité de l'acte apparaît comme un critère qui permet de recourir aux mesures de sûreté et aux soins ¹²⁶⁵. En ce sens, « la gravité ne révèle pas seulement la dangerosité, elle est également une condition de son traitement [...] la gravité des faits commis permet d'apprécier, voire de révéler la dangerosité de la personne et elle permet surtout de la prendre en charge en permettant le recours à des mesures coercitives » ¹²⁶⁶, telles que les mesures de sûreté. La nécessité de recourir à un traitement curatif ne serait donc nécessaire qu'à une catégorie d'auteurs d'infractions, ceux qui ont commis les actes les plus graves. Il ne semble pas incohérent de fonder la dangerosité sur la gravité de l'acte commis, car on mesure la dangerosité criminologique de la personne au niveau des virtualités du comportement qu'elle représente. De plus, la dangerosité est constituée par la très grande probabilité de commettre une infraction en fonction de la capacité criminelle et une personne qui commet des actes d'une particulière gravité fait valoir qu'elle présente une témébilite certaine.

¹²⁶³ P. BONFILS, « 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 », RSC 2008, p. 392.

¹²⁶⁴ A. COCHE, *op.cit.*, p. 23.

¹²⁶⁵ J-B PERRIER, « Gravité de dangerosité », in *Gravité et droit pénal, Actes du XXIVe congrès de l'Association Française de Droit pénal*, J. ALIX, A. DARSONVILLE (dir.), Paris, mare & martin, coll. Droit privé & sciences criminelles, 2021, p. 134.

¹²⁶⁶ J-B PERRIER, *idid*, p. 134.

B. Le lien étroit entre dangerosité et traitement curatif

363. L'influence de l'école de la Défense sociale nouvelle. En matière de mesures de sûreté, le traitement de la personne dangereuse doit idéalement résulter d'une observation scientifique de cette dernière¹²⁶⁷. L'idée de donner un sens curatif à la mesure de sûreté est une influence directe de Marc Ancel et de l'école de la Défense sociale nouvelle¹²⁶⁸. La mesure curative phare prévue lors de l'exécution d'une mesure de sûreté est l'injonction de soins. L'injonction de soins « répond vraiment à la notion de mesure de sûreté, car son principe va dépendre de la dangerosité de l'intéressé, c'est-à-dire de la grande probabilité de le voir à nouveau violer la loi pénale, et de la possibilité d'un traitement visant à éliminer l'état dangereux et à empêcher la récidive »¹²⁶⁹.

Il y a une systématisation du recours à l'injonction de soins (1). Ces nombreuses injonctions de soins peuvent être mises en œuvre grâce à la sollicitation des professionnels de la santé mentale (2).

1) La systématisation du recours à l'injonction de soins

364. Les prévisions légales du recours à l'injonction de soins. Il y a une systématisation de l'injonction de soins en matière de surveillance judiciaire¹²⁷⁰. C'est l'article 723-30 qui prévoit le recours à l'injonction de soins pour une surveillance judiciaire, car il dispose que la mesure peut notamment comporter les obligations prévues par l'article 132-45 du code pénal parmi lesquelles on retrouve l'obligation de « se soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation »¹²⁷¹. Il s'agit donc d'une obligation de suivre un traitement¹²⁷². Le législateur va encore plus loin car il rend l'injonction de soins automatique, sauf décision contraire du juge de l'application des peines¹²⁷³. De même, l'injonction de soins est aussi une mesure prévue pour la surveillance de sûreté car elle « constitue une méconnaissance par la personne sous surveillance de sûreté des obligations qui lui sont imposées [...] le fait pour celle-ci de refuser de commencer ou de poursuivre le

¹²⁶⁷ J. DANET, *op. cit.*, p. 49.

¹²⁶⁸ M. ANCEL, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹²⁶⁹ H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté », D. 2007, p. 1607.

¹²⁷⁰ D. VIRIOT-BARRIAL, « Consentement et injonction de soins », RSC 2010, p. 293.

¹²⁷¹ Art. 132-45, 3°.

¹²⁷² J-H ROBERT, « Les murailles de silicium. Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », Dr. pén. février 2006, Etude 2.

¹²⁷³ Art. 723-30, dernier al., Code de proc. pén.

traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins »¹²⁷⁴. Cette systématisation de l'injonction de soins laisse donc penser qu'elle est la mesure indispensable pour prévenir la récidive alors même qu'il s'agit d'une dangerosité criminologique.

En outre, la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et mineurs rend la mesure d'injonction de soins quasiment automatique dans la mesure où elle s'applique dès que l'expertise conclue en sa nécessité, ce qui porte atteinte à la liberté du magistrat dans le choix de la sanction¹²⁷⁵. Il y a donc « une réelle méfiance à l'égard du juge qui perd l'une de ses prérogatives classiques en matière d'expertise, à savoir celle de la libre détermination de la mesure à prescrire une fois informé des résultats de l'expertise »¹²⁷⁶. « Le magistrat conserve la possibilité de l'écarter mais le principe n'est plus celui d'apprécier l'opportunité de mettre en place une mesure. Il est au contraire celui d'évaluer en quoi elle ne devrait pas être mise en œuvre. En d'autres termes, il ne s'agit plus d'évaluer si la personne est suffisamment fautive pour lui infliger une sanction, mais si elle est suffisamment méritante pour lui éviter cette sanction »¹²⁷⁷.

Pour la rétention de sûreté, le législateur a également prévu une prise en charge médicale, sociale et psychologique en centre socio-médico judiciaire¹²⁷⁸. Le versant médical de la mesure est une fois de plus très clairement affirmé par le législateur. Le dernier alinéa de l'article 706-53-13 prévoit en effet que « La rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure ». Les mesures de sûreté s'accompagnent donc nécessairement d'une prise en charge curative.

365. La place du principe de personnalisation. Il faut le rappeler, le Code pénal prévoit un principe d'individualisation des peines¹²⁷⁹, énoncé dans la Déclaration de 1789 et reconnu par le Conseil constitutionnel¹²⁸⁰. Cette individualisation passe notamment par l'examen de la personnalité du délinquant qui est d'ailleurs « une revendication majeure du mouvement de la

¹²⁷⁴ Art. 706-53-19, dernier al., Code de proc. pén.

¹²⁷⁵ J-P VAUTHIER, *op. cit.*, p. 504.

¹²⁷⁶ E. GARCON, « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal. Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 », JCP 2007, I, 196.

¹²⁷⁷ J-P VAUTHIER, *op. cit.*, p. 504.

¹²⁷⁸ Art. 706-53-13, dernier al., Code de proc. pén.

¹²⁷⁹ Art. 132-24, Code pénal.

¹²⁸⁰ Cf *supra*. n° 249.

Défense sociale nouvelle »¹²⁸¹. Cependant, en matière de mesures de sûreté, le recours systématique à la mesure curative répond-t-il vraiment au principe d'individualisation ?

Tout d'abord, il semble que les mesures de sûreté répondent à l'exigence d'individualisation car elles ne peuvent être prononcées qu'après un examen de la personnalité de l'intéressé, examen de sa dangerosité, qui passe par une expertise médicale. Dans la mesure où c'est une expertise médicale qui conclue en l'existence d'une dangerosité, il semble adapté que le traitement de cette dernière soit d'ordre médical. En effet, le médecin est censé se prononcer sur ce qu'il connaît donc s'il évalue médicalement la présence d'une dangerosité, il est logique qu'il la traite de façon médicale.

Ensuite, tenter de contrevenir à la dangerosité d'une personne condamnée par le biais d'une mesure curative revient à considérer que le risque criminogène de celle-ci est d'ordre médical. Les dispositions relatives aux mesures de sûreté sont empreintes de l'influence médicale car font clairement apparaître la compétence des professionnels de santé aussi bien au stade de l'évaluation qu'à celui de la prise en charge. Néanmoins, mises à part les mesures de sûreté prévues pour les personnes atteintes d'un trouble mental, les autres, créées pour prévenir la récidive, relèvent de la dangerosité criminologique et non de la dangerosité psychiatrique. Finalement, que ce soit pour l'une ou l'autre forme de dangerosité, le législateur prévoit un traitement curatif, comme si le médical avait la capacité de tout résoudre. Dans cette seconde hypothèse, le recours systématique à la mesure curative ne répond pas vraiment aux exigences du principe d'individualisation car elle s'applique à tous les individus qui présentent une dangerosité.

Il faut cependant nuancer le propos, car n'est-ce pas simplement le juriste qui va chercher des réponses médicales aux problèmes qui dépassent son champ de compétences et notamment la prise en charge de la dangerosité ? L'intérêt de la distinction entre dangerosité psychiatrique et dangerosité criminologique ne semble pas avoir beaucoup d'importance si au final, le législateur opte pour un traitement médical des deux formes. Surtout, le médecin peut-il réellement « soigner » la dangerosité d'une personne ? Les dispositions relatives à la rétention de sûreté laissent à première vue planer un doute car elles font référence « au trouble grave de la personnalité », ce qui pourrait laisser penser qu'il s'agit d'un état pathologique, mais il y a une différence entre les troubles mentaux et les troubles de la personnalité. Les troubles de la personnalité ne relèvent pas de la maladie mentale au sens pathologique du terme donc ne

¹²⁸¹ R. GASSIN, *op. cit.*, p. 10.

dépendent pas de la dangerosité psychiatrique. Tout cela « implique la possibilité d'un traitement en dehors de toute pathologie »¹²⁸². La confusion entre les deux formes de dangerosité entraîne donc une incohérence. Le traitement médical vient au secours du traitement pénal classique comme s'il pouvait tout résoudre. La prise en charge thérapeutique de la personne fait une nouvelle fois intervenir les professionnels de la santé mentale, alors même que la dangerosité criminologique ne dépend pas de l'existence d'une pathologie.

2) La sollicitation des professionnels de la santé mentale

366. La prise en charge des personnes dangereuses déclarées irresponsables pénalement. En matière de dangerosité psychiatrique, la compétence des professionnels de la santé mentale se justifie amplement en raison de l'évaluation et de la prise en charge de la pathologie de l'individu. C'est dans cette optique que le législateur a prévu avec la loi du 25 février 2008 plusieurs mesures de sûreté¹²⁸³.

La mesure qui intéresse le sujet de la médicalisation du droit pénal prend la forme d'une hospitalisation d'office décidée par l'autorité judiciaire¹²⁸⁴, elle est une mesure de sûreté privative de liberté. Cette hospitalisation d'office est à différencier de celle décidée par l'autorité administrative prévue aux articles L. 3213-1 et suivants du Code de la santé publique. En vertu de l'article 706-135 du Code de procédure pénale, si les personnes qui relèvent de l'article 122-1 du Code pénal présentent une dangerosité psychiatrique, une prise en charge psychiatrique qui est prévue par le législateur, sous la forme d'une hospitalisation d'office. Le législateur a explicitement prévu « l'admission en soins psychiatriques de la personne, sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 »¹²⁸⁵ du Code de la santé publique.

367. La prise en charge des personnes dangereuses déclarées responsables pénalement. Le traitement curatif mis en place pour l'injonction de soins est une prise en charge essentiellement psychologique ou psychiatrique. En effet, le médecin coordonnateur désigné est choisi sur une liste de psychiatres ou de médecins ayant suivi une formation

¹²⁸² G. CASILE-HUHUES, *op. cit.*, p. 307.

¹²⁸³ G. CASILE-HUGUES, « La médicalisation de la répression dans la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008, p. 20.

¹²⁸⁴ P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », *JCP* 2008, actu. 145.

¹²⁸⁵ Art. 706-135, Code de proc. pén.

appropriée¹²⁸⁶. De surcroît, en fonction de la personnalité de l'individu dangereux, en plus ou à la place du médecin traitant, le médecin coordonnateur peut l'inviter à choisir un psychologue¹²⁸⁷. Il existe alors en matière de mesures de sûreté une sollicitation massive des professionnels de la santé mentale.

Lorsqu'il s'agit d'une dangerosité criminologique pourquoi faire intervenir ces spécialistes alors même qu'était reprochée au stade de l'évaluation de la dangerosité criminologique, le manque de pluridisciplinarité ? Il n'y a véritablement que pour la rétention de sûreté, mesure la plus grave, qu'il y a une prise en charge pluridisciplinaire¹²⁸⁸, car elle implique « une prise en charge médicale, sociale et psychologique » que la pluridisciplinarité est prévue. Hormis l'hypothèse de la rétention de sûreté, la dangerosité semble encore être une affaire de médecine bien que la notion de dangerosité n'ait pas une origine médicale.

En parallèle du suivi psychiatrique ou psychologique, des médicaments inhibiteurs de libido peuvent être prescrits pour le soin du condamné¹²⁸⁹. Cette possibilité s'explique dans la mesure où parmi les infractions visées par les mesures de sûreté, on retrouve le crime de viol. En visant particulièrement le traitement curatif des criminels sexuels, le législateur en fait une catégorie bien distincte des autres, qui justifie notamment en plus du traitement « classique », une prise en charge médicamenteuse spécifique. Cela démontre l'existence d'une société en demande constante de sécurité, mais aussi d'une criminalité particulière qui nécessite un traitement spécifique. La médecine apparaît alors comme l'ultime moyen de contrevenir à cette criminalité et surtout de la soigner.

II. Les incidences de la prise en charge de la personne dangereuse

368. Le choix d'une prise en charge essentiellement médicalisée. En mettant le soin au service du droit pénal, le législateur opte pour une prise en charge essentiellement médicalisée des personnes dangereuses. Toutefois, cette prise en charge comporte des limites. Se servir du soin à outrance n'est pas la réponse adaptée à tous les maux de la société. Pour autant, le soin est omniprésent en matière de mesure de sûreté et son recours systématique questionne quant à

¹²⁸⁶ Art. L. 3711-1, CSP.

¹²⁸⁷ Art. L. 3711-4-1, CSP.

¹²⁸⁸ Art. R. 53-8-56, Code de proc. pén.

¹²⁸⁹ Art. L. 3711-3, dernier al., CSP.

l'avenir de la personne dangereuse (A), et quant à son impact sur les fondements du droit pénal (B).

A. L'impact sur l'avenir de la personne dangereuse

369. Le paradoxe de soigner pour surveiller. Le soin sert le droit pénal et pas seulement pour espérer le reclassement de la personne condamnée. En effet, concernant les mesures de sûreté c'est la prévention de la récidive qui est primordiale et par-là la sécurité. Pour se prévaloir de la sécurité, le législateur prévoit la surveillance des personnes condamnées et ce même à l'issue de leur peine. Ce besoin de surveillance est critiquable quant à la durée des mesures de sûreté (1), qui a pour conséquence une surveillance exacerbée de la personne dangereuse (2).

1) La durée critiquable des mesures de sûreté

370. La fin apparente de la soumission à l'autorité judiciaire. Pour la surveillance judiciaire, le législateur a prévu que la personne condamnée, à laquelle a été accordé un crédit de réduction de peine pourra être placée sous surveillance judiciaire afin de prévenir la récidive¹²⁹⁰. La durée de la surveillance judiciaire ne peut donc pas excéder le temps des réductions de peine. Il s'agit d'un stratagème inventé par le législateur pour que cette mesure échappe à la qualification de peine¹²⁹¹. Certes, la loi a fixé une durée maximale à la surveillance judiciaire, elle se calque sur des réductions de peine qui peuvent laisser croire à la personne condamnée qu'elle va en finir avant avec sa soumission à l'autorité judiciaire. Néanmoins, cet espoir de la personne condamnée est vain si elle est considérée comme présentant un risque de récidive constaté par une expertise médicale¹²⁹². Bien qu'elle ne soit effectivement plus emprisonnée, il n'en reste pas moins qu'elle sera toujours assujettie à des obligations prononcées par l'autorité judiciaire. L'inobservation de ces obligations peut d'ailleurs entraîner sa réincarcération¹²⁹³. Cette mesure donne alors l'impression d'un faux semblant, de l'octroi d'une liberté déguisée. A côté de la surveillance judiciaire, c'est la durée de la rétention de sûreté qui questionne.

¹²⁹⁰ Art. 723-29, Code de proc. pén.

¹²⁹¹ M. HERZOG-EVANS, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-15649 du 12 décembre 2005 », D. 2006, p. 182.

¹²⁹² Art. 723-31, Code de proc. pén.

¹²⁹³ Art. 723-35, al. 1^{er}, Code de proc. pén.

371. La durée en apparence limitée de la rétention de sûreté. La rétention de sûreté est prononcée pour une durée d'un an renouvelable pour la même durée¹²⁹⁴. En principe, cette mesure est donc prononcée pour une durée limitée. Le législateur n'a cependant pas fixé un nombre limité de renouvellements, ce qui sous-entend qu'en pratique, la rétention de sûreté peut être renouvelée indéfiniment. « La rétention de sûreté est prévue et déterminée par la loi dans sa nature – la privation de liberté -. Elle n'est en revanche pas déterminée dans sa durée, puisque le dispositif permet son renouvellement illimité »¹²⁹⁵. Autrement dit, c'est « une mesure de sûreté à durée déterminée, mais à renouvellement illimité, qui peut en définitive devenir perpétuelle »¹²⁹⁶.

La rétention de sûreté peut être prononcée *ad vitam aeternam*. Contrairement à la peine d'emprisonnement fixée par le juge mais au cours de laquelle la personne condamnée peut dans certaines conditions bénéficier d'aménagements, ladite mesure semble pouvoir durer éternellement. Par conséquent, la personne considérée comme dangereuse ne sait jamais réellement quand elle peut s'arrêter.

Néanmoins, pour pallier le caractère interminable et surtout privatif de liberté de la rétention de sûreté, le législateur ne permet le prolongement de la mesure qu'après un réexamen de la situation de la personne dangereuse. Ce réexamen a lieu tous les ans ce qui est très régulier et dans un laps de temps très rapproché. Ce faisant, le législateur prend en compte la gravité de la mesure, car il n'autorise son renouvellement que si cela est strictement nécessaire. C'est une prise en considération de la persistance de la dangerosité de la personne dans la mesure où c'est elle qui justifie le renouvellement¹²⁹⁷.

Le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur la question de la durée possiblement illimitée de la rétention de sûreté dans sa décision du 21 février 2008¹²⁹⁸. Les députés requérants considéraient que la mesure n'étant pas limitée dans le temps et pouvait être renouvelée indéfiniment sur la base d'une probabilité de récidive, était manifestement disproportionnée. Le Conseil constitutionnel retient que l'obligation de réexaminer la situation des personnes condamnées avant de prononcer le renouvellement de la mesure est une modalité adaptée à la garantie que cette mesure ne peut être appliquée qu'aux individus les plus dangereux. Le

¹²⁹⁴ Art. 706-53-16, Code de proc. pén.

¹²⁹⁵ D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », D. 2008, p. 1840.

¹²⁹⁶ P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », JCP 2008. Actu. 145.

¹²⁹⁷ Art. 706-53-16, dernier al., Code de proc. pén.

¹²⁹⁸ Cf *supra* n° 347.

Conseil s'assure aussi de la préservation du principe de nécessité car pour être mise en œuvre, il faut que « la rétention n'a pu être évitée par des soins et une prise en charge pendant l'exécution de la peine ». La rétention de sûreté doit donc apparaître « comme l'unique moyen de prévenir la récidive »¹²⁹⁹.

Toutefois, bien que la prévention de la récidive soit le fondement de la position du Conseil constitutionnel, cette prévention justifie-t-elle la perpétuité de la mesure au regard de la jurisprudence de la Cour européenne ? « Ce qui pose problème dans la rétention de sûreté est son caractère indéterminé mais aussi son possible caractère perpétuel [...] cette mesure peut être indéfiniment renouvelée (à chaque fois pour une durée d'un an), dès lors que les conditions de son application sont réunies. La rétention de sûreté est donc, par définition, une mesure indéterminée et peut durer toute la vie de la personne concernée »¹³⁰⁰. L'incertitude quant à la durée de la mesure amène à s'interroger si elle est compatible avec l'article 3 de la Convention européenne relatif à la torture et aux traitements inhumains et dégradants. La rétention de sûreté pourrait constituer un traitement inhumain ou dégradant « au regard des angoisses générées par l'incertitude de la durée d'une telle mesure et, dans le même temps, par le fait de savoir que cette mesure peut être perpétuelle »¹³⁰¹. En ce qui concerne l'enfermement perpétuel, la CEDH considère que « pour déterminer si dans un cas donné une peine perpétuelle peut passer pour incompressible, la Cour recherche si l'on peut dire qu'un détenu condamné à perpétuité a des chances d'être libéré. L'analyse de la jurisprudence de la Cour sur ce point révèle que là où le droit national offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre ou d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous condition, il est satisfait aux exigences de l'article 3 »¹³⁰². Le fait que la situation de la personne placée en rétention de sûreté soit réévaluée tous les ans et la possibilité que « la juridiction régionale de la rétention de sûreté ordonne d'office qu'il soit immédiatement mis fin à la rétention de sûreté dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 ne sont plus remplies »¹³⁰³ sembleraient satisfaire aux exigences de l'article 3 de la CEDH, car la perspective d'élargissement de la personne existe.

¹²⁹⁹ G. ROUJOU DE BOUBEE, « Les rétentions de sûreté », D. 2008, p. 464.

¹³⁰⁰ R. PARIZOT, « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, G. GIUDICELLI-DELAGÉ, C. LAZERGÈS (dir.), Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2011, p. 100.

¹³⁰¹ R. PARIZOT, *ibid.*, p. 100.

¹³⁰² CEDH, *Kafkaris c/ Chypre*, 12 février 2008.

¹³⁰³ Art. 706-53-18, Code de proc. pén.

Par ailleurs, la prévision légale d'un réexamen annuel de la situation du condamné par la commission pluridisciplinaire va dans le sens d'une mesure qui a un versant sanitaire et curatif. Un traitement curatif a vocation à s'adapter à l'évolution de l'état du patient. Ainsi, en prévoyant un réexamen tous les ans, cela démontre que l'état de santé de la personne dangereuse est réellement pris en considération et que le traitement est adapté à cet état. La prise en charge médicale n'est pas continuée si elle ne s'avère plus nécessaire. Finalement, cette obligation posée par l'article 706-53-16 du Code de procédure pénale répond à une exigence déontologique prévue à l'article 8 du Code de déontologie médicale. Ce dernier dispose, « Dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations thérapeutiques possibles ».

Cependant, la possibilité de renouveler sans cesse la rétention suscite une réserve. En effet, il y a « quelque chose de gênant de maintenir enfermé un condamné qui aura, par ailleurs, purgé sa peine, même la possibilité d'une telle mesure a été admise par la cour d'assises. Surtout, le concept positiviste de dangerosité, qui constitue finalement le principal critère de la rétention de sûreté, présente l'inconvénient d'être flou et incertain. Il n'est en effet pas possible de déterminer avec certitude la dangerosité d'un individu »¹³⁰⁴.

De plus, même si une rétention de sûreté prend fin, l'individu peut basculer sur une surveillance de sûreté. Le premier alinéa de l'article 706-53-19 dispose « Si la rétention de sûreté n'est pas prolongée ou s'il y est mis fin en application des articles 706-53-17 ou 706-53-18 et si la personne présente des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut, par la même décision et après débat contradictoire au cours duquel la personne est assistée par un avocat choisi ou commis d'office, placer celle-ci sous surveillance de sûreté pendant une durée de deux ans ». Cette mesure considérée comme une « sorte de demi-rétention [...] comprend des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire, en particulier une injonction de soins et le placement sous surveillance électronique mobile »¹³⁰⁵. La durée en

¹³⁰⁴ P. BONFILS, *op. cit.*, p. 392.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, p. 392.

apparence limitée de la rétention de sûreté pose question et est ambivalente. Il semble logique de permettre un renouvellement tous les ans car cela permet de réévaluer annuellement l'état de la personne et de permettre un traitement personnalisé. Cela témoigne d'un mécanisme sécuritaire qui permet l'enfermement des personnes sur la justification d'un état dangereux dont la définition et l'évaluation soulèvent des interrogations.

2) La surveillance exacerbée de la personne dangereuse

372. La neutralisation de la personne dangereuse. « En ce qui concerne les châtiments à appliquer à un délinquant, les législations ont, de manière classique et traditionnelle, envisagé l'élimination (autrefois par la peine de mort) ou l'exclusion temporaire ou définitive (emprisonnement) »¹³⁰⁶. Pour les infractions les plus graves, la réclusion criminelle n'apparaissait plus comme suffisante pour exclure l'individu de la société. Surtout, une fois arrivée à son terme, il s'avérait que la peine n'avait pas toujours servi à reclasser le condamné, c'est l'échec de l'incarcération, car normalement la détention devrait réinsérer or cela ne fonctionnait pas. Pour pallier cette difficulté, le législateur a justement eu recours aux mesures de sûreté et plus précisément à la rétention de sûreté. Parce qu'elle est privative de liberté, la rétention de sûreté éloigne, exclue sans nul doute la personne dangereuse de la société. On peut considérer qu'elle la neutralise. En effet, elle est neutralisante pour l'avenir car elle est renouvelable indéfiniment. Elle donne ainsi l'impression que la personne dangereuse ne retrouvera jamais sa place dans la société.

373. L'observation constante de la personne dangereuse. A côté d'une neutralisation de la personne dangereuse, il faut remarquer une forme d'observation constante de cette dernière. Il existe en effet d'autres mesures de sûreté qui place l'individu sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La surveillance judiciaire n'a ni plus ni moins pour but que de contrôler et examiner les personnes dangereuses après leur libération¹³⁰⁷. Cette surveillance passe notamment par la soumission « à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation »¹³⁰⁸. Le soin devient donc un moyen de surveiller la personne dangereuse car par son biais, l'individu est toujours dans une forme d'asservissement à la justice pénale.

¹³⁰⁶ H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, p. 1607.

¹³⁰⁷ M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 182.

¹³⁰⁸ Art. 132-45, Code pénal.

C'est le cas aussi du placement sous surveillance électronique mobile (PSEM), prononcé après une expertise médicale¹³⁰⁹. Cette mesure a clairement une finalité de contrainte et de contrôle. Lors de son adoption à l'Assemblée nationale, il était considéré que « le PSEM, en exerçant une contrainte psychologique sur les condamnés, préviendra ainsi certains passages à l'acte. Notons d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'une peine, mais d'une mesure de sûreté visant à prévenir la récidive et à faciliter l'identification des auteurs »¹³¹⁰. Ce procédé permet d'avoir un droit de regard sur les allées et venues de la personne. En effet, il « emporte pour le condamné l'obligation de porter pour une durée de deux ans, renouvelable une fois en matière délictuelle et criminelle, un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national »¹³¹¹, ce qui constitue sans nul doute une entrave à la liberté de la personne. Il a d'ailleurs été signalé que cette mesure portait atteinte à la dignité et à la vie privée. En effet, ces deux valeurs ne peuvent « qu'être atteintes par le port prolongé d'un objet, dans des situations intimes comme le fait de dormir ou de prendre sa douche ou, comme le soulignait Robert Badinter, durant les débats, pour une femme de vouloir porter une jupe ou une robe »¹³¹². Il était donc reproché à la mesure « d'être une intrusion dans l'espace privé et d'entraîner une déshumanisation du contrôle »¹³¹³. Rien que par sa désignation, la mesure fait clairement apparaître un objectif de surveillance, de contrôle. Plus précisément, la surveillance est possible grâce au dispositif électronique et le contrôle est assuré par le juge de l'application des peines¹³¹⁴. Le législateur met donc tout en œuvre pour garder un contrôle de personnes. Cela témoigne de l'existence d'un droit pénal sécuritaire, fondé sur un risque d'un hypothétique passage à l'acte. Afin de fonder ces décisions de surveillance, le législateur prend comme soutien des conclusions médicales. Le législateur justifie le droit pénal qu'il veut sécuritaire sur des notions et évaluations pseudo médicales alors même que les professionnels de santé ne sont pas forcément en adéquation avec ces dernières.

¹³⁰⁹ Art. 131-36-9, Code pénal.

¹³¹⁰ Assemblée nationale, Compte rendu analytique officiel, 1re séance du 12 oct. 2005, p. 13.

¹³¹¹ Art. 131-36-12, Code pénal.

¹³¹² M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 182.

¹³¹³ C. LAZERGES, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM), RSC 2006, p. 183.

¹³¹⁴ P. COUV RAT, « Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique », RSC 1998, p. 374.

B. L'impact sur les fondements du droit pénal

374. La mutation du droit pénal. Le développement des mesures de sûreté « est souvent perçu comme en rupture avec la philosophie et les pratiques pénale et pénitentiaires »¹³¹⁵, ainsi qu'un « changement profond d'orientation de notre justice »¹³¹⁶. Avec le recours aux mesures de sûreté, le droit pénal connaît une double influence ; une influence directe des théories positivistes car le droit pénal prévoit une réponse pénale basée sur la dangerosité de la personne condamnée et une influence de la Défense sociale nouvelle avec un objectif de prévention du crime et de traitement du délinquant.

Les différentes influences que connaît le droit pénal ont pour conséquence de modifier la matière. Une certaine mutation du droit pénal apparaît sous l'impulsion des mesures de sûreté. On assiste à l'émergence d'un droit pénal de la protection (1), et plus encore à l'émergence d'un droit pénal de la prévention (2).

1) **L'émergence d'un droit pénal de la protection**

375. La dérive sécuritaire. Comme le disait Foucault, le droit pénal a trouvé des moyens de « soumettre les individus à un champ de visibilité, de les contraindre sans user de la force, de les contraindre à créer par eux-mêmes le principe de leur propre assujettissement »¹³¹⁷. De façon surprenante, ces différentes formes de surveillance sont « réclamées et revendiquées par la société. Avant d'envisager dans une perspective critique les politiques engagées par l'Etat, encore faut-il préciser que c'est la société dans son ensemble qui est en cause, société qui ne parvient plus à penser les réponses au phénomène criminel autrement que sous le prisme de la peine et désormais de la mesure de sûreté [...] C'est la protection de la société qui devient la finalité première du système pénal. La réinsertion et le traitement ne sont plus des objectifs en soi mais des moyens placés au service de cette première finalité »¹³¹⁸.

Au sujet des personnes dangereuses, « apparemment, la sanction pénale de ces condamnés par la seule incarcération c'est-à-dire, leur retrait physique de la société, n'apparaît plus suffisante pour répondre aux attentes sécuritaires du corps social pour qui le temps qui s'écoule

¹³¹⁵ O. RAZAC, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », AJ pén. 2008, p. 223.

¹³¹⁶ R. BADINTER, « La prison après la peine », Le Monde, 28 novembre 2007.

¹³¹⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 204.

¹³¹⁸ V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté », AJ pén. 2009, p. 53.

ne dilue pas tout »¹³¹⁹. Une « série de crimes épouvantables et de nature sexuelle en général, frappant souvent des enfants et commis par des individus tantôt lucides, tantôt non lucides »¹³²⁰, a par exemple secoué l'opinion publique, en attente d'une réponse souvent radicale de la part du législateur pour assurer sa protection¹³²¹.

On peut prendre l'exemple de l'élaboration de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 en raison d'un évènement médiatisé provoquant le choc de l'opinion et qui a déclenché l'arme législative¹³²². En effet, Romain Dupuy avait été interné à trois reprises pour schizophrénie. Dans la nuit du 17 au 19 décembre 2004, il s'introduisait dans un bâtiment de l'hôpital psychiatrique (Centre hospitalier psychiatres des Pyrénées) et tuait une aide-soignante et une infirmière, l'une des deux victimes avait été décapitée mais ce dernier était déclaré irresponsable pénalement et hospitalisé sous contrainte.

De plus, la loi du 25 février 2008 a été votée après l'affaire Evrard. En août 2007 à Roubaix, un enfant de cinq ans était enlevé et violé par Francis Evrard, pédophile récidiviste, alors qu'il sortait à peine de prison. De plus, en octobre 2007, Anne-Lorraine Schmitt était retrouvée poignardée à plusieurs reprises dans le RER parisien et les faits étaient commis par un récidiviste.

Néanmoins, il faut rester prudent face à ce besoin systématique de sécurité, car « si la peur provoque la précaution, la précaution provoque plus de peur et amène davantage l'individu vers son atomisation sécuritaire »¹³²³. En effet, à trop vouloir traiter et évaluer médicalement les risques, le droit pénal oublie l'essence même de la pratique médicale pour s'assurer de la sécurité.

376. L'importance de la place de la victime. L'importance de la place accordée à la victime en droit pénal se justifie essentiellement avec la réforme du 25 février 2008, et plus précisément les mesures de sûreté qui peuvent être prononcées à l'encontre d'une personne déclarée irresponsable de ses actes en raison d'un trouble mental. En cas d'application de l'article 122-1, le système traditionnel prévoyait un classement sans suite ou un non-lieu, ne prenant pas en considération le sort de la victime. Cependant, ce système était considéré comme

¹³¹⁹ E. SENNA, « Premières réflexions sur les adaptations du régime de sûreté des condamnés criminels dangereux », AJ pén. 2008, p. 223.

¹³²⁰ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 1000.

¹³²¹ *Ibid.*, p. 1000.

¹³²² M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 182.

¹³²³ M. LIANOS, *Le nouveau contrôle social. Toile institutionnelle, normative et lien social*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 165.

déplorable pour les victimes. En effet, « une enquête de suivi, réalisée en 2006 par les services de la Chancellerie auprès des victimes d'infractions pénales, avait montré que près d'une victime sur deux a le sentiment que sa situation n'a pas été vraiment prise en compte à l'occasion de la procédure. En clair, les victimes considéraient assez souvent que leur douleur n'était pas assez reconnue lors des procès, surtout quand l'auteur des faits était connu et déclaré pénalement irresponsables. Elles pouvaient éprouver un sentiment de frustration commis par des « irresponsables », qui voient dans le non-lieu une sorte de dénégation de l'infraction, voire un déni de justice »¹³²⁴. Avec la loi du 25 février 2008, le prononcé d'une mesure de sûreté telle que l'hospitalisation d'office décidée par l'autorité judiciaire¹³²⁵, participe à la prise en compte de la victime par le droit pénal.

Par conséquent, le soin devient une façon d'assurer la protection de la société en attente d'un droit à la sécurité¹³²⁶. Le législateur a recours au soin pour contrôler, surveiller les personnes dangereuses et ainsi s'assurer de la préservation de l'ordre public.

Cependant, c'est donner un pouvoir trop important au savoir médical que de lui attribuer le rôle de maîtriser et de soigner la dangerosité des individus. Le diagnostic de dangerosité n'est d'une part pas suffisamment fiable pour prévenir le risque de récidive. D'autre part, considérait que le soin permet de « guérir » la dangerosité revient à estimer que tous les individus dangereux présentent une pathologie. Poussée à son paroxysme, la protection de la société induit l'émergence d'un droit pénal de la prévention.

2) L'émergence d'un droit pénal de la prévention

377. La naissance insidieuse d'une responsabilité sociale. Les mesures de sûreté ne sont pas assises sur une déclaration de culpabilité mais sur une dangerosité, un risque de récidive. C'est ce que le Conseil constitutionnel avait affirmé dans sa décision n° 2005-527 du 8 décembre 2005 relative à la conformité à la Constitution de la loi du 12 décembre 2005.

La sanction d'un individu se fonde sur une infraction qu'il commet sciemment, la responsabilité pénale de l'individu fondant la punition qu'il reçoit. Néanmoins, les mesures de sûreté ne se basent pas sur la responsabilité pénale mais sur la dangerosité. La différence entre

¹³²⁴ J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », D. 2008, p. 1000.

¹³²⁵ Art. 706-135, Code de proc. pén.

¹³²⁶ J. PRADEL, *op.cit.*, p. 1000.

la responsabilité et la dangerosité est fondamentale. « La sanction de la loi est directement reliée à l'infraction dont elle est comme le « double négatif ». Sa forme de référence est une privation de liberté dont la durée est proportionnée à l'acte commis. Le traitement sécuritaire, bien que prévu par la loi, n'est pas proportionné à un acte mais à l'état de dangerosité d'un individu »¹³²⁷. Face à la dangerosité, le principe traditionnel de la responsabilité s'efface au profit d'une responsabilité sociale¹³²⁸. Parce que la personne a commis un acte socialement et pénalement réprimé et qu'elle s'avère être encore dangereuse pour la société, elle doit en être évincée le temps que son état dangereux le justifie.

L'atteinte au principe de la responsabilité pénale est d'autant plus importante avec la rétention de sûreté qui est une véritable mesure privative de liberté. « La rétention de sûreté conduit à une privation de liberté d'une durée indéfinie, sans commission préalable d'une infraction et fondée sur une dangerosité et une probabilité de récidive non mesurables »¹³²⁹.

Afin de prévenir la récidive, les mesures de sûreté agissent comme une contrainte sur les personnes dangereuses. A titre d'exemple, c'était la finalité attribuée au placement sous surveillance électronique mobile lors de son adoption à l'Assemblée nationale. En effet, il était considéré que « le PSEM, en exerçant une contrainte psychologique sur les condamnés, préviendra ainsi certains passages à l'acte. Notons d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'une peine, mais d'une mesure de sûreté visant à prévenir la récidive et à faciliter l'identification des auteurs »¹³³⁰. La mise en place de ces différentes mesures et la surveillance exacerbée des personnes laissent penser que certains criminels sont incurables et que leur suivi post peine est inévitable afin d'éviter leur récidive, et ainsi de protéger efficacement la société. La prise de conscience que la peine classique n'est pas suffisante amène à recourir à des mesures de soins qui semblent être les derniers recours pour espérer une guérison des personnes dangereuses.

Cette prévention de la récidive se rapproche de la notion de droit de la prévention qui permet « une extension du domaine de l'incrimination car, grâce à elle, la répression intervient en deçà de la lésion : le champ du droit pénal traditionnellement limité à la survenance d'une lésion causée à un bien juridique est, de ce fait, élargi »¹³³¹. C'est dire que l'intervention de la répression arrive bien plus en amont que la lésion et prend en compte « un comportement

¹³²⁷ O. RAZAC, *op. cit.*, p. 397.

¹³²⁸ G. CASILE-HUGUES, « Le caractère fondamental de l'expertise dans l'injonction de soins », *Rev. pénit.* 2010, p. 307.

¹³²⁹ V. GAUTRON, *op. cit.*, p. 53.

¹³³⁰ Assemblée nationale, *Compte rendu analytique officiel*, 1^{re} séance du 12 oct. 2005, p. 13.

¹³³¹ A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, Thèse, Montpellier, 2001, p. 495.

dangereux antérieur à un autre comportement dangereux susceptible de conduire à un résultat lésionnaire »¹³³². Par conséquent ce n'est pas l'acte futur de la personne qui est pris en compte mais son état dangereux. La prévention s'intéresse donc plus à l'individu qu'à l'acte qu'il a commis ou qu'il est susceptible de commettre¹³³³. Cette idée se rapproche des théories positivistes qui prennent en compte la dangerosité que révèle la personnalité d'un individu plus que l'acte qu'il commet. Permettre d'infliger une mesure avant la commission d'un acte répréhensible, d'une lésion, c'est prévenir en se basant sur l'état dangereux. C'est en cela qu'on peut estimer que les mesures de sûreté sont caractéristiques d'un droit de la prévention.

378. Conclusion Chapitre 1. Avec la création des mesures de sûreté le législateur inscrit la politique criminelle dans une politique de gestion des risques. Il œuvre à la promotion du principe de précaution. Il a ainsi recours à des « mesures restrictives de liberté médicalisées »¹³³⁴. L'émergence d'un droit pénal de la prévention aurait pour conséquence l'émergence de deux dangerosités, indépendantes de la distinction dangerosité criminologique et dangerosité psychiatrique. Il s'agit d'une « première forme de dangerosité qui consiste à s'attaquer aux droits des individus en les agressant physiquement, il en existe une seconde qui consiste aussi, en se prononçant sur la dangerosité des autres, à faire violence à leurs droits fondamentaux. Il n'est pas évident que l'une soit plus excusable que l'autre »¹³³⁵. Cette mesure s'inscrit donc clairement dans un objectif de prévention permise par la surveillance et la contrainte.

En outre, le droit pénal s'inscrit dans un droit pénal de l'ennemi. « Dans un monde perçu comme dangereux, le point d'équilibre entre liberté et sécurité se déplace, bouge, est flottant au point de donner une visibilité, voire une crédibilité pour certains à la doctrine du droit pénal de l'ennemi »¹³³⁶. Le droit pénal de l'ennemi concerne toutes les personnes qualifiées de dangereuses et met en opposition la culpabilité et la dangerosité. Le droit pénal de l'ennemi est fondé sur la dangerosité. En effet, « la culpabilité est réservée au citoyen car, malgré l'acte qu'il a commis, on peut attendre de lui qu'il se comportera à l'avenir de manière légale. La dépersonnalisation qu'il subit est limitée à la seule contrainte de la peine en rétribution de son

¹³³² A. PONSEILLE, *op. cit.*, p. 495.

¹³³³ D. SZABO, « Orientations actuelles de la criminologie et son influence sur les politiques criminelles », *RI crim. et pol. techn.* 1986, p. 413.

¹³³⁴ G. CASILE-HUGUES, *op. cit.*, p. 1466.

¹³³⁵ J. DOZOIS, M. LALONDE, J. POUPART, « La dangerosité, un dilemme sans issue ? », *Déviance et Société*, 1981, 5, p. 383.

¹³³⁶ C. LAZERGES, « Introduction », in *La dangerosité saisie par le droit*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), Paris, PUF, 2011, p. 19.

acte. La dangerosité interdit une telle attente. La société doit se protéger, comme elle se protège contre un ennemi, si et aussi longtemps qu'elle ne peut pas attendre de l'individu qu'il se comportera de manière légale, et la contrainte, donc la dépersonnalisation, est plus ou moins forte selon les cas, elle peut devenir extrême »¹³³⁷. De plus, « l'aspect ennemi vient sur le devant de la scène, quand les droits de la personne sont réduits, parce qu'on ne peut plus attendre de la personne un comportement conforme à la loi dans l'avenir, et que ce comportement non conforme est quelque chose de durable »¹³³⁸. De plus, à l'encontre de l'ennemi ce n'est pas une peine qui est prononcée mais une mesure fondée sur « l'amendement et la sécurisation et c'est une réaction à des faits pénaux »¹³³⁹. Dans le droit pénal de l'ennemi c'est donc bien la dangerosité de la personne qui est prise en compte et la mesure de sûreté y est une sanction adaptée.

Le recours à la médecine se justifie avec l'utilisation des soins à titre de peine mais aussi avec la création des mesures de sûreté qui trouvent leur fondement dans la science et impliquent un traitement curatif. Toutefois, l'influence de la médicalisation sur la sanction pénale est une conséquence directe du recours à outrance aux soins prévu par le législateur. En effet, c'est le législateur qui judiciarise en amont le recours aux soins en matière de peines et de mesures de sûreté. La médecine apparaît comme un remède pour le droit pénal dans le but de prévenir la récidive. Paradoxalement, le soin est devenu un moyen de surveiller la personne condamnée alors même que son intégration au sein du dispositif répressif se voulait humaniste.

« Les espoirs mis dans la science pour en finir avec une pénalité en crise et protéger la société semble si fort qu'il empêche de douter de la légitimité comme de l'efficacité du « traitement » qu'on veut à tous les niveaux promouvoir. Jusqu'au bout, on l'a vu l'espoir mis dans la science médicale sera maintenu, même sous la forme d'un futur incertain mais radieux. Bien plus, le rapport de la peine avec la société, ses fonctions diverses, disparaît sous l'injonction du « traitement » et le droit pénal dit-on ne doit jouer que son rôle technique de garantie nécessaire à la liberté individuelle »¹³⁴⁰.

¹³³⁷ G. GIUDICELLI-DELAGÉ, « Droit pénal de la dangerosité ; Droit pénal de l'ennemi », RSC 2010, p. 69.

¹³³⁸ G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », RSC 2009, p. 7.

¹³³⁹ G. JAKOBS, *ibid.*, p. 7.

¹³⁴⁰ J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », RSC 2010, p. 49.

Espérant en finir avec une pénalité en crise et promouvoir encore plus la sécurité, le législateur a étendu le champ d'application des mesures de sûreté à de nouvelles figures de la dangerosité.

Chapitre 2 : Les sciences médicales sollicitées dans la prise en charge de la radicalisation

379. La notion générale de radicalisation. « La France est traversée par des formes de mobilisation nouvelles, d'initiatives individuelles et de dynamisme collectives qui trouvent leur expression dans une radicalité exacerbée [...] Le basculement de nouvelles générations dans le terrorisme en lien avec les filières djihadistes, syriennes notamment, qui se matérialise par de complexes cheminements »¹³⁴¹ a suscité un intérêt très prononcé pour la question de la radicalisation.

La notion de radicalisation ne connaît pas de définition universelle ni même de définition en droit pénal. Cette notion amène à « s'intéresser à des mouvements historiques, géopolitiques, idéologiques, religieux, en lien avec les processus psychiques propres à l'Homme »¹³⁴². Elle peut se caractériser comme « un processus par lequel un individu ou un groupe adopte une forme violente d'action, directement liée à une idéologie extrémiste à contenu politique, social ou religieux qui conteste l'ordre établi sur le plan politique, social ou culturel »¹³⁴³. L'ancien Garde des Sceaux la définissait aussi comme « un processus d'identification personnelle ou collective à des idées politiques ou politico-religieuses extrêmes qui impliquent la volonté de transformer la société par la violence »¹³⁴⁴. On peut donc parler de radicalisation violente qui « peut être définie comme l'adhésion progressive à une idéologie radicale légitimant la violence »¹³⁴⁵.

« Si la notion de « radicalisation » demeure incertaine et problématique, son association à la religion pose encore plus de problèmes et ouvre toute une série de questionnements : quelles sont notamment les motivations à l'origine de la « radicalisation », généralement définie

¹³⁴¹ S. PIETRASANTA, « La déradicalisation, outil de lutte contre le terrorisme », Rapport du projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme, juin 2015, p. 2.

¹³⁴² E. BAUZA, J-P BOUCHARD, « Terrorisme islamiste la radicalisation mystifiante », *Annales Médico-Psychologiques* 176, 2018, p. 1049.

¹³⁴³ F. KHOSROKHABAR, *Radicalisation*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, 2014, p. 8.

¹³⁴⁴ J.-J. URVOAS, Sécurité pénitentiaire et action contre la radicalisation violente. Plan d'action de Jean-Jacques Urvoas Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, ministère de la Justice, 2016, p. 3.

¹³⁴⁵ J. ROLLING, G. CORDUAN, « La radicalisation, un nouveau symptôme adolescent ? », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 2018, p. 278.

comme un processus amenant en dernière instance un individu à faire usage de la violence au nom d'une idéologie ? »¹³⁴⁶. L'idéologie peut notamment recouvrir une connotation religieuse.

380. La radicalisation religieuse comme potentielle source de dangerosité. La radicalisation religieuse tient aujourd'hui une place incontournable dans le débat public en raison de la montée en puissance de l'islamisme radical, et surtout est une question d'actualité en raison des attentats commis sur le territoire national. Il faut préciser que « la radicalisation ne désigne pas un comportement infractionnel, mais une « identification » à une doctrine violente »¹³⁴⁷. La nouvelle figure du mal au XXI^{ème} siècle est désormais le terroriste islamiste radicalisé. La radicalisation met en évidence « une pensée abrasée, la négation de toute subjectivation, élaboration psychique et symbolisation, [elle] vise à déboulonner l'idole démocratie pour mieux faire place ensuite à la loi de Dieu comme seul modèle de gouvernance valable [...]. Il s'agit d'affirmer la souverainement du jugement de Dieu sur toutes les autres formes de jugement : le pouvoir absolu revenant à Allah »¹³⁴⁸.

« Le but politique ultime de la démarche Jihadiste est la fondation d'un Califat islamique, durable, où la politique, l'ordre social et le système économique seraient régis par la Charia. La Charia est un corpus légal englobant toutes les approches du Droit, issue d'une religion, l'Islam : qu'elles soient pénales, civiles, sociales, économiques, dogmatiques, culturelles »¹³⁴⁹.

Cependant, « la question de la place du domaine religieux dans le processus de glissement vers la violence idéologique demeure incertaine et source de fortes controverses intellectuelles et politiques [...] Les parcours vers la radicalisation sont donc multiples, conséquences d'un processus social et individuel qui n'a pas une cause prédéterminée, mais plutôt un ensemble de causes à la fois psychologiques, politiques, religieuses et sociales. Selon la plupart de ces études, et en particulier des études faites à partir d'un travail empirique, il apparaît que la religion ne constitue qu'un des facteurs, et souvent pas le plus important, dans le processus amenant à la violence idéologique jihadiste »¹³⁵⁰. De surcroît, « tout comportement radical n'est pas forcément violent et établir un lien d'automatisme entre conduite religieuse stricte (le

¹³⁴⁶ B. CONTI, « Une radicalisation religieuse ? Politique, religion et subjectivité dans les processus de radicalisation », in *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, O. BUI-XUAN (dir.), Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2018, p. 43.

¹³⁴⁷ F. HABOUZIT, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », RSC 2017, p. 587.

¹³⁴⁸ E. BAUZA, J-P BOUCHARD, « Terrorisme islamiste la radicalisation mystifiante », *Annales Médico-Psychologiques* 176, 2018, p. 1049.

¹³⁴⁹ J. MARCHAND, *Psychopathologie du terrorisme et de la radicalisation*, Thèse, Université de Lille, 3 février 2016, p. 48.

¹³⁵⁰ B. CONTI, *op. cit.*, pp. 46-47.

salafisme) et activisme violent (le jihadisme) relève d'un dangereux raccourci qui ne tient pas compte de la multiplicité des formes de l'engagement salafiste »¹³⁵¹.

Par ailleurs, « les personnes authentiquement religieuses se radicalisent rarement. Tout se passe alors comme si la « solution » religieuse barrait le chemin au processus de radicalisation. Ce point paraît important : il relativise quelque peu la place accordée à l'idéologie religieuse pour mieux dénuder les forces occultes qui s'en revêtissent [...] Si la radicalisation peut paradoxalement s'accommoder d'une ignorance de la religion, c'est bien que l'islam recouvre et enveloppe une destructivité fondée tout ailleurs »¹³⁵².

La notion de radicalisation est aujourd'hui intimement liée au Jihadisme. En effet, « le concept de radicalisation a émergé, en rapport avec l'adhésion d'individus à cette idéologie, et le passage à un activisme armé, en se rendant sur des zones de conflits. Ce mouvement de par sa dispersion mondiale et son ampleur jamais égalée en terme de « départs vers une terre de Jihad » a alerté les responsables en sécurité de plusieurs Etats, autant que les politiques ou les médias, mais surtout les familles des individus partis, dont beaucoup sont mineurs »¹³⁵³.

« La radicalisation, de toute évidence, fait partie de ces questions urgentes à penser. Par son extension d'allure épidémique, par sa dimension traumatique, ce phénomène s'impose en suscitant la panique dans le champ social »¹³⁵⁴. Parce que la radicalisation peut être un facteur de dangerosité, le droit pénal a tenté de se saisir de cette notion et par-là tenter d'en trouver un traitement adapté. En effet, la radicalisation peut constituer une source de dangerosité *ante delictum* (Section 1) mais aussi une source de dangerosité *post delictum* (Section 2).

¹³⁵¹ X. CRETTEZ, « Penser la radicalisation, une sociologie processuelle des variables de l'engagement violent », *Revue française de science politique*, 2016, vol. 66, p. 711.

¹³⁵² M. BENHAIM, N. EL MALKI, « Notes sur la radicalisation adolescente », *Recherches en psychanalyse*, 2018, n° 25, p. 37.

¹³⁵³ J. MARCHAND, *op.cit.*, p. 49.

¹³⁵⁴ M. BENHAIM, N. EL MALKI, « Notes sur la radicalisation adolescente », *Recherches en psychanalyse*, 2018, n° 25, p. 36.

Section 1 : La radicalisation comme source de dangerosité *ante delictum*

381. L'objectif de déradicalisation. C'est dans le domaine de la prise en charge de la radicalisation que se pose la question de l'influence de la médicalisation du droit pénal. « Depuis 2012, la notion et la lutte contre la radicalisation sont au cœur de la question terroriste et suscitent pour cette raison et par le spectre de violence ultime qu'elles évoquent, une inquiétude politique et sociale forte. Le sujet est au cœur de choix politiques qui s'expriment dans la mise en œuvre d'une politique criminelle »¹³⁵⁵.

Dans la mesure où le secteur médical intervenait déjà pour un large panel de délinquants ou criminels, il n'est pas surprenant qu'il intervienne également dans le traitement de la radicalisation. Le prosélyte ou radical religieux s'ajoute aux figures déjà connues de la dangerosité (le délinquant sexuel, le malade mental, l'étranger ou le mineur), il y est assimilé ou plutôt, il s'y superpose¹³⁵⁶.

La prise en charge des personnes radicalisées s'inscrit dans un objectif de déradicalisation, « en ayant au besoin recours à des dispositifs médicalisés tels que ceux à l'œuvre dans le « traitement » de la dangerosité »¹³⁵⁷. Il existe donc désormais un lien entre souhait de déradicalisation et soins. La nécessaire déradicalisation passe en amont par l'identification de la radicalisation (I), qui permet avant la consommation de tout acte de terrorisme de prévenir la radicalisation (II).

I. L'identification de la radicalisation

382. L'appréhension pluridisciplinaire de la radicalisation. En tant que phénomène relativement récent, la radicalisation soulève des questions d'ordre politique, juridique et social. Le droit à lui seul ne pouvait répondre au phénomène de radicalisation. En effet, pour être compris, le processus de radicalisation a fait l'objet d'une étude approfondie initiée par les

¹³⁵⁵ J. ALIX, « Radicalisation et droit pénal », RSC 2020, p. 769.

¹³⁵⁶ C. SAAS, « La radicalisation religieuse saisie par le droit pénal. Quel modèle de politique criminelle ? », in *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, O. BUI-XUAN (dir.), Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2018, pp. 94-95.

¹³⁵⁷ C. SAAS, *ibid.*, p. 106.

pouvoirs publics. Pour appréhender au mieux ce phénomène en pleine expansion les causes de la radicalisation ont été recherchées (A), afin d'en faire une évaluation efficace (B).

A. Les causes de la radicalisation

383. Les difficultés posées par le processus de radicalisation. Le processus de radicalisation est difficile à appréhender tant ses causes peuvent être diverses. Dans la mesure où la religion n'est pas le véritable moteur des actes radicalisés, il a fallu s'attarder aux différents indicateurs susceptibles de mener un sujet à la radicalisation. Les origines de la radicalisation révèlent l'existence de causes hétéroclites (1). Dans le but de trouver des explications au basculement dans la radicalisation, les professionnels de la santé mentale ont été mis à contribution, mais il apparaît que leurs apports restent limités (2).

1) L'existence de causes hétéroclites

384. La rupture du lien social. La difficulté majeure de la prise en charge des personnes radicalisées et surtout de leur traitement est la pluralité des profils qui s'engagent dans le processus de radicalisation. En effet, « le seul consensus qui s'établit concerne le jeune âge des individus radicalisés, les autres facteurs individuels pris isolément comme le manque de repères, les problèmes d'identité, les réseaux personnels, l'isolement, la ségrégation et le manque d'intégration des communautés, entre autres, ne pouvant expliquer le « cheminement vers le passage à l'acte » »¹³⁵⁸. La radicalisation « opère selon une logique processuelle, qui est le résultat d'une rencontre entre un parcours individuel et un système de croyances, prônant un idéal justifiant le recours à la violence, pouvant aboutir à un éventuel passage à l'acte violent »¹³⁵⁹. Il peut être vu dans la radicalisation « un symptôme du lien social et de la République, où aucun idéal n'est proposé, et où l'esprit jihadiste trouvera succès en particulier auprès des jeunes. Ainsi, la problématique adolescente prend une place centrale dans le problème de la radicalisation »¹³⁶⁰.

¹³⁵⁸ D. BOUZAR, G. LAURENT, « L'importance de l'interdisciplinarité pour prendre en charge la complexité de la radicalisation d'un jeune », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, mai 2019, p. 664.

¹³⁵⁹ J. ROLLING, G. CORDUAN, « La radicalisation, un nouveau symptôme adolescent ? », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 2018, p. 278.

¹³⁶⁰ A. JACCARD, « Penser la radicalisation. *A propos de...* « L'idéal et la cruauté, subjectivité et politique de la radicalisation » », *L'évolution psychiatrique*, 2016, p. 943.

Pourtant, « plusieurs recherches ont tenté d'appréhender l'étiologie de la radicalisation pouvant mener au passage à l'acte violent, sous l'angles des facteurs de risques suivants : des troubles psychopathologiques potentiellement sous-jacents et des vulnérabilités personnelles en lien avec la stigmatisation et avec la fragilité existentielle ; un profil de personnalité spécifique ; l'éventuelle existence de tendances suicidaires chez ceux qui sont impliqués dans des opérations kamikazes ; des facteurs de vulnérabilité psychosocial, analysés sous l'angle des phénomènes de groupe, en lien avec le contexte historique et politique des pays arabes ; la rationalité ou irrationalité du passage à l'acte terroriste, appréhendée par l'intermédiaire du concept de distorsions cognitives et via une analyse plus large des déterminants de la rationalité »¹³⁶¹. Les dérives radicales relèveraient « d'une altération de la fonction symbolique qui touche à tous les niveaux anthropologiques. Le défaut de sublimation, la distorsion du langage, la rupture avec les liens familiaux, sociétaux et culturels, l'instrumentalisation de la religion et de la théologie s'amplifient jusqu'au vide de la pensée, jusqu'à la néantisation »¹³⁶².

« La radicalisation en lien avec l'islam se manifeste donc de manière observable par un cumul de ruptures dans les relations amicales, dans la scolarisation, dans les loisirs et aussi dans les relations familiales, qui précèdent les choix extrêmes tel que le départ pour rejoindre Daech ou le passage à l'acte sur le territoire français, même si ces ruptures n'y conduisent pas systématiquement »¹³⁶³. L'isolement est véritablement un facteur qui ouvre la porte à la radicalisation et au potentiel passage à l'acte infractionnel. On remarque que les causes sociales qui mènent au processus de radicalisation sont multiples et complexes et que le profil des personnes radicalisées semble difficile à appréhender. Afin de prévenir la radicalisation, il est donc nécessaire de tirer une grille d'évaluation permettant une prise en charge adaptée.

385. La vulnérabilité du sujet, élément favorisant la radicalisation. « Le processus de radicalisation comprend un embrigadement relationnel et un embrigadement idéologique. L'embrigadement relationnel provoque une adhésion du jeune à son nouveau groupe et l'embrigadement idéologique suscite une adhésion du jeune à un nouveau mode de pensée. Les deux sont en lien direct, et même entremêlés puisque la fusion au sein du groupe s'opère sur la

¹³⁶¹ D. BOUZAR, M. MARTIN, « Pour quels motifs les jeunes s'engagent-ils dans le djihad ? », *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, octobre 2016, p. 354.

¹³⁶² A. JOLI, « La relation entre déterminismes et autonomisation », Conseil scientifique et technique du Centre d'action et de prévention contre la radicalisation des individus, Bordeaux, 2018.

¹³⁶³ D. BOUZAR, M. MARTIN, « Méthode expérimentale de déradicalisation : quelles stratégies émotionnelles et cognitives », *Pouvoirs*, La lutte contre le terrorisme, 2016, n° 158, p. 86.

conviction de posséder « le vrai islam » et que cette conviction constitue le ciment qui relie l'individu à son nouveau groupe »¹³⁶⁴.

Certains parlent d'errance car la radicalisation aurait diverses causes, « l'errance psychique identitaire, « les âmes errantes » selon Tobie Nathan, l'errance géographique, le faible niveau de signification de la vie, le sentiment de manque, de vide intérieur avec perte de l'ancrage généalogique et insécurité narcissique primitive, la famille fissurée autour d'une double fracture générationnelle, les carences affectives et sociales précoces, l'absence de structuration éducative, l'échec scolaire, le chômage, entraînent l'émergence d'une colère anarchique de type « *No limit* » »¹³⁶⁵. Les origines de la radicalisation peuvent donc être multiples. Il est d'ailleurs plus adéquat de parler d'une addition de plusieurs causes, sociales, familiales, éducatives et personnelles. L'adhésion à un mouvement radicalisé tel que le jihad fait alors figure de modèle pour les individus « touchés eux aussi par le fantasme du héros absolu, supérieur à la société, que le jihad crée : le *héros négatif*. Il s'agit d'un malaise de la jeunesse où le jihadisme apparaît comme une porte de secours, un idéal de société et de soi-même, qui se construit sur de fausses promesses en l'absence d'horizon d'espérance »¹³⁶⁶.

Plus encore, l'embrigadement djihadiste s'appuie sur une théorie conspirationniste. Cette théorie « présente à certains égards des aspects générateurs de stress, de peur, de méfiance, de suspicion, d'inconfort psychologique : le jeune a le sentiment que tous les adultes sont endormis ou complices de sociétés secrètes qui complotent pour garder le pouvoir et la science pour elles, à l'insu du monde entier. Ces sociétés secrètes distilleraient partout des images subliminales pour empêcher les peuples de retrouver leur discernement. Il faut donc se couper des autres et de toute culture pour ne pas être aveuglé à son tour. Les recruteurs djihadistes s'appuient aussi sur la persécution des musulmans et instrumentalisent des versets coraniques pour faire croire que les athées, juifs et chrétiens veulent empêcher les musulmans de garder leur religion. L'objectif est le même : isoler le jeune de tous les interlocuteurs qui contribuaient à sa socialisation »¹³⁶⁷. L'entrée dans la violence est rendue possible parce que l'individu réagit à des situations qu'il considère comme injustes et il est isolé.

¹³⁶⁴ D. BOUZAR, M. MARTIN, « Méthode expérimentale de déradicalisation : quelles stratégies émotionnelles et cognitives », *op. cit.*, p. 83.

¹³⁶⁵ E. BAUZA, J-P BOUCHARD, « Terrorisme islamiste la radicalisation mystifiante », *Annales Médico-Psychologiques* 176, 2018, p. 1049.

¹³⁶⁶ A. JACCARD, « Penser la radicalisation. *A propos de...* « L'idéal et la cruauté, subjectivité et politique de la radicalisation » », *L'évolution psychiatrique*, 2016, p. 943.

¹³⁶⁷ D. BOUZAR, M. MARTIN, *op.cit.*, p. 84.

L'isolement de la personne et la rupture avec son environnement normal permettent un embrigadement efficace et surtout font naître un sentiment paranoïaque permettant un basculement dans la violence. De surcroît, le sentiment paranoïaque naît plus facilement chez le sujet qui a déjà un parcours de vie fragilisé en raison du climat social ou familial dans lequel il évolue et de la potentielle existence d'événements passés traumatiques. La vulnérabilité ou plutôt les vulnérabilités de l'individu sont des facteurs favorisant l'isolement donc le glissement vers la radicalisation.

Par conséquent, « trois éléments fondent donc l'approche de la radicalisation : sa dimension évolutive ; l'adoption d'une pensée sectaire ; l'usage de la violence armée »¹³⁶⁸. Les professionnels de la santé mentale ont également tenté d'apporter leur éclairage sur le phénomène de radicalisation afin de déterminer s'il existait d'autres causes que celles d'ordre social et surtout permettre une meilleure appréhension de ce dernier.

2) Les apports limités des sciences de la santé mentale

386. La recherche de causes psychiatriques. Les professionnels de la santé mentale se sont attardés à rechercher les causes de la radicalisation en tentant de savoir si ce phénomène pouvait ou non avoir un lien avec la psychiatrie et la psychopathologie. Dans la mesure où les actes terroristes apparaissent « fous » en raison de leur violence et de leur ampleur, la question se pose de savoir s'ils sont véritablement le fruit d'un trouble mental au sens médical du terme¹³⁶⁹. Toutefois, la réponse est négative.

Les crimes les plus graves ne sont pas forcément commis par des personnes atteintes d'une maladie mentale et la donne n'est pas différente en ce qui concerne les infractions terroristes. « Il est apparu que la psychopathologie ne pouvait expliquer les actions les plus préparées et les mieux organisées et que ce n'était que dans la figure du loup solitaire que l'on pouvait souvent trouver des troubles graves de nature psychiatrique »¹³⁷⁰. De même, il apparaît qu'une faible proportion des individus radicalisés présente des troubles mentaux de type psychotiques ou maniaques¹³⁷¹.

¹³⁶⁸ X. CRETTEZ, « Penser la radicalisation, une sociologie processuelle des variables de l'engagement violent », *Revue française de science politique*, 2016, vol. 66, p. 712.

¹³⁶⁹ M. BENEZECH, N. ESTANO, « A la recherche d'une âme : psychopathologie de la radicalisation et du terrorisme », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, mai 2016, p. 237.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 235.

¹³⁷¹ J. ROLLING, G. CORDUAN, *op. cit.*, p. 279.

387. L'apport de la thérapie cognitive et comportementale. C'est plus sur le terrain du mécanisme psychologique que sur celui d'une pathologie psychiatrique que des explications au phénomène de radicalisation peuvent être trouvées. En effet, « une personne qui adopte une idéologie intégriste utilise un mécanisme psychologique de protection, de défense, de nature passionnelle et de mécanisme paranoïaque pour trouver ou retrouver de l'amour-propre, surcompenser la faiblesse de son moi, se rassurer, se valoriser, se donner de l'importance, du pouvoir, du plaisir. Il s'agit ici d'un essai de renarcissisation par un processus psychodynamique antisocial. Notons que pour certains individus, l'incarcération constitue une expérience particulièrement humiliante et réductrice de leur sentiment de valeur existentielle. Elle rend ces personnes hautement vulnérables aux arguments de la radicalisation »¹³⁷².

Les engagements radicaux peuvent avoir pour moteur la valorisation de l'estime de soi. En effet, devenir « combattant au sein des groupes islamistes permet d'accroître considérablement cette estime, au-delà de son identité sociale véritable [...] Ainsi des acteurs dénigrés dans leur « actorité » (capacité d'agir) peuvent-ils avoir tendance à recourir à la violence pour compenser cette incapacité sociale : ne pouvant « donner » conformément à leurs capacités supposées, ils peuvent être tentés de prouver leur « actorité » par la mise en jeu de leur vie et de celle des autres. La motivation guerrière des acteurs violents serait ainsi étroitement dépendante de leur quête d'estime de soi, associée à leur désir de reconnaissance »¹³⁷³.

C'est le sentiment de vulnérabilité qui est au cœur du processus de radicalisation car ce sont les facteurs de vulnérabilité qui rendent un sujet prompt à l'enrôlement et qui nécessitent chez lui un besoin de valorisation. Ces différents facteurs regroupent « les facteurs psychiatriques et psychologiques (sentiment de préjudice, trouble de la personnalité, fragilité dépressive), les facteurs socio-identitaire (stigmatisation, dynamique de révolte et de violence), les facteurs relationnels (rupture familiale) et les facteurs sociétaux »¹³⁷⁴.

Au-delà d'un besoin de valorisation, l'étude des sujets radicalisés démontre la présence d'une fragilité mentale. C'est ainsi que l'idée d'une pathologie salafiste a vu le jour, qui se caractérise par un manque de gestion des pulsions notamment en ce qui concerne le rapport aux femmes. En effet, figures d'impureté dans l'idéologie salafiste, la violence apparaît comme l'unique moyen de se tenir à distance des femmes¹³⁷⁵.

¹³⁷² M. BENEZECH, N. ESTANO, *op.cit.*, p. 240.

¹³⁷³ X. CRETTEZ, *op. cit.*, pp. 723-724.

¹³⁷⁴ J. ROLLING, G. CORDUAN, *op. cit.*, p. 278.

¹³⁷⁵ X. CRETTEZ, *op. cit.*, p. 723.

D'un point de vue cognitif, c'est par l'accumulation d'émotions négatives que le processus de radicalisation prend racine. En effet, ce processus fait naître chez le sujet un panel d'émotions pessimistes, « anxiété augmentée par l'exposition à la théorie du complot ; anxiété augmentée par l'instrumentalisation théologique [...] Le nouveau groupe d'appartenance devient la source exclusive d'émotions positives, dans la mesure où il apparaît comme le seul cadre sécurisant qui offre des solutions pour échapper au monde corrompu »¹³⁷⁶. Identifier les causes de la radicalisation permet de mieux appréhender ce phénomène et pour le prévenir efficacement, des indicateurs de radicalisation ont vu le jour.

B. L'évaluation de la radicalisation

388. La nécessaire évaluation de la radicalisation. Identifier les causes de la radicalisation permet d'appréhender le phénomène et surtout d'essayer d'éviter que des actes de terrorisme ne se produisent. C'est dans un but préventif qu'ont été mis en place des indicateurs de la radicalisation (1), qui sont évalués dans une démarche pluridisciplinaire (2).

1) La mise en place d'indicateurs de radicalisation

389. Le signalement du basculement dans la radicalisation. La radicalisation se traduit par un changement de comportement rapide de l'individu. L'établissement d'indicateurs de radicalisation entend protéger les citoyens, l'individu en voie de radicalisation et empêcher son potentiel départ vers des zones de conflits. Le droit pénal et la médecine sont impliqués dans ces objectifs. D'une part, le droit pénal en tant que droit protecteur de l'ordre public est concerné par la prévention des infractions terroristes qui pourraient être commises sur le territoire. D'autre part, dans la mesure où on cherche des explications psychologiques sociales et non seulement psychopathologiques au processus de radicalisation, les professionnels de la santé mentale sont mis à contribution.

En 2014, le gouvernement a créé le Centre National d'Assistance et de Prévention de la Radicalisation (CNAPR) qui permet de signaler toute situation de radicalisation. Trois caractéristiques cumulatives définissent la radicalisation. On retrouve le processus progressif, l'adhésion à une idéologie extrémiste et l'adoption de la violence. « Le processus de

¹³⁷⁶ D. BOUZAR, M. MARTIN, *op.cit.*, p. 86.

radicalisation ne peut être caractérisé que s'il repose sur un faisceau d'indicateurs. Les seuls indicateurs ayant trait à l'apparence physique ou vestimentaire ne sauraient caractériser un basculement dans la radicalisation [...] Un seul indice ne suffit pas pour caractériser l'existence d'un risque de radicalisation et tous les indices n'ont pas la même valeur. C'est la combinaison de plusieurs indices qui permet le diagnostic. Parler en terme de diagnostic permet de relier l'appréhension de la radicalisation avec la médicalisation du droit pénal. En effet, afin d'évaluer la radicalisation, le savoir des professionnels de la santé mentale est sollicité. Cette approche en termes de faisceau d'indices permet d'insister sur le fait qu'aucune attitude, aucun fait, ni contenu doctrinal ne peut être à lui seul révélateur d'un processus de radicalisation »¹³⁷⁷. Les indicateurs sont divisés en trois domaines différents : les ruptures, l'environnement personnel de l'individu et les théories et discours.

390. Les ruptures. Tout d'abord, en ce qui concerne les ruptures, on retrouve le comportement de rupture avec l'environnement. Cet indicateur est primordial dans la détection du processus de radicalisation. Lorsqu'on parle de rupture avec l'environnement, cela sous-entend une modification totale des habitudes du sujet. Cette modification peut passer par une rupture des liens amicaux de longue durée, un abandon de l'école voire une rupture des liens familiaux. A côté du comportement de rupture avec l'environnement, ce sont les changements d'apparence physique ou vestimentaire qui constituent l'un des premiers indicateurs visibles pour l'entourage et qui témoigne d'un processus de radicalisation. Au sein de ce premier domaine, l'ultime indicateur est la pratique religieuse dite hyper ritualisée. Le fait pour un individu de pratiquer de manière soudaine et exclusive une religion est un indicateur fort de basculement dans la radicalisation. L'adoption d'une pratique religieuse radicale est d'autant plus alarmante lorsque cette dernière est en rupture avec la pratique familiale. « La mise en place d'interdits alimentaires étendus à l'entourage, le retrait ou la destruction de toutes photos ou représentations humaines, voire l'obsession autour de rituels peuvent caractériser un processus de radicalisation [...] Il convient en particulier de différencier ce qui relève du fondamentalisme musulman et ce qui relève de l'adhésion à un groupe radicalisé »¹³⁷⁸.

391. L'environnement personnel. Ensuite, le deuxième domaine concerne l'analyse de l'environnement personnel de l'individu. En la matière, quatre indicateurs de fragilisation de l'individu peuvent alerter sur une potentielle radicalisation. Le premier indicateur est relatif à

¹³⁷⁷ Ministère de l'intérieur, Secrétariat général du comité interministériel de prévention de la délinquance, Référentiel des indicateurs de basculement dans la radicalisation.

¹³⁷⁸ Ministère de l'intérieur, Secrétariat général du comité interministériel de prévention de la délinquance, Référentiel des indicateurs de basculement dans la radicalisation.

l'image paternelle ou familiale défaillante. En effet, la plupart des individus radicalisés connaissent un schéma familial fragilisé (rejet d'un père, placement en centres de protection pour mineurs, violences intrafamiliales). De plus, l'environnement social, parce qu'il peut favoriser la radicalisation est un indicateur important. En fonction du milieu social dans lequel l'individu évolue, il pourra être plus prompt à un embrigadement. L'échec scolaire peut par exemple amener au processus de radicalisation chez le jeune qui vit sa situation comme une injustice et qui multiplie les échecs. Le troisième indicateur concerne les traits de personnalité, à savoir que le processus de radicalisation touche plus facilement les jeunes entre quinze et vingt-cinq ans qui présentent une personnalité fragile et influençable. Le dernier indicateur s'intéresse aux réseaux relationnels, c'est-à-dire les proches de l'individu qui sont déjà dans un processus de radicalisation et qui pourraient l'influencer à suivre cette voie.

392. Les théories et discours. Enfin, le dernier domaine regroupe les théories et discours. « Les théories et discours sont très prégnants dans le processus de radicalisation. L'individu radicalisé a tendance à répercuter de façon stéréotypée l'ensemble de la rhétorique radicale et propagandiste puisée le plus souvent sur internet »¹³⁷⁹. Les différents indicateurs dans ce domaine sont l'adhésion à des théories complotistes, conspirationnistes ou victimaires. De même, on retrouve un changement de comportement identitaire et également l'adoption d'un discours prosélytes dans le but de convertir et de recruter de nouvelles personnes.

Ces différents indicateurs, créés par le Ministère de l'intérieur, constituent une grille d'évaluation du processus de radicalisation. Pris de façon isolée, ils ne constituent pas des preuves suffisantes d'un signe de radicalisation. C'est bien l'accumulation de plusieurs indicateurs qui doit alerter. L'intérêt d'identifier la radicalisation permet d'espérer qu'une meilleure appréhension en soit faite. Tout l'enjeu de l'identification de la radicalisation est d'éviter que des actes de terrorisme soient commis. La mise en place de ces indicateurs et l'étude approfondie du phénomène radical ont pour but de prévenir la radicalisation et surtout prévenir les infractions qui peuvent en découler. Dans la mesure où l'appréhension de la radicalisation est relativement récente, différents protagonistes interviennent pour tenter de comprendre et de prévenir ce phénomène. En la matière, les professionnels de la santé mentale sont mis à contribution et c'est la protection préventive de l'ordre public qui rend nécessaire leur intervention. En effet, même si les sujets radicalisés ne sont pas encore passés à l'acte infractionnel, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent présenter une particulière dangerosité.

¹³⁷⁹*Ibid.*

2) La nécessaire pluridisciplinarité dans l'évaluation de la radicalisation

393. La promotion de la pluridisciplinarité. L'évaluation des personnes repérées comme radicalisées est essentielle aussi bien pour les mesures pré-sentencielles que post-sentencielles, et une évaluation pluridisciplinaire se développe¹³⁸⁰. Elle passe par une mobilisation de l'expertise scientifique¹³⁸¹. La Commission européenne promeut elle aussi la pluridisciplinarité dans l'appréhension de la radicalisation. Face à l'expansion de ce phénomène, l'Union Européenne a créé en 2011, via la Commission européenne, le Réseau de Sensibilisation à la Radicalisation (Radicalisation Awareness Network ou RAN). La commission européenne entend lutter contre le terrorisme en luttant contre la radicalisation, estimant que ces deux combats sont indissociables. En effet, elle affirmait « avoir comme objectif d'éradiquer le terrorisme à sa source. Par conséquent, la prévention des attaques terroristes en abordant et en arrêtant la radicalisation et le recrutement terroriste est une priorité de l'Union Européenne (UE), comme indiqué dans la stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action. Radicalisation en ce sens est comprise comme un phénomène complexe des personnes adhérant à l'idéologie radicale qui pourrait conduire à l'engagement des actes terroristes »¹³⁸².

L'étude de la radicalisation est pluridisciplinaire pour l'Union Européenne qui rassemble dans ce réseau « 700 experts et praticiens de première ligne originaires de toute l'Europe. La commission a soutenu la recherche et des études afin de mieux comprendre le processus de radicalisation, les principaux facteurs déterminants, les idéologies et les mécanismes de recrutement. Un réseau européen d'experts sur la radicalisation (ENER) a ainsi été établi afin de fournir une plate-forme pour discuter du phénomène de radicalisation et d'aider l'UE et au niveau national les décideurs dans la collecte d'expertise et identifier et échanger les bonnes pratiques dans le domaine de la prévention »¹³⁸³.

394. La sollicitation des professionnels de la santé mentale. Dans la promotion de la pluridisciplinarité dans l'appréhension de la radicalisation, il semble que ce soit une fois de plus la compétence des professionnels de la santé mentale qui est visée. Le 20 juillet 2015, le rapport « La déradicalisation, outil de lutte contre le terrorisme », porté par le député Sébastien Pietrasanta, établit un lien entre l'état de santé mentale (paranoïa du jeune, manipulation

¹³⁸⁰ F. HABOUZIT, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes « radicalisées » ?

¹³⁸¹ CIPDR, Prévenir pour protéger. Plan national de prévention de la radicalisation, 2018, p. 18.

¹³⁸² Commission européenne, La lutte contre le terrorisme au niveau européen ; présentation des actions, mesures et initiatives de la Commission européenne, Bruxelles, 11 janvier 2015, p. 7.

¹³⁸³ J. MARCHAND, *op. cit.*, p. 47.

mentale, perte des repères) et le processus de radicalisation. Cela laisse penser que les professionnels de la santé mentale ont la possibilité de guérir les personnes radicalisées. Surtout, en parlant en termes de pathologie, l'individu est considéré comme un patient auquel un traitement pourrait être adressé pour éradiquer sa radicalisation.

La mobilisation des professionnels de la santé mentale en la matière était souhaitée par les pouvoirs publics, car un rapport du Sénat du 14 décembre 2015 soulignait que « le passage de l'endoctrinement au passage à l'acte terroriste, le fonctionnement et l'expansion des réseaux djihadistes met en jeu des processus très divers, auxquels la réponse apportée par les pouvoirs publics ne peut être d'ordre uniquement sécuritaire. Il est en effet indispensable d'intervenir le plus tôt possible, en amont du passage à l'acte, notamment pour prévenir le basculement dans la radicalisation ou tenter de l'inverser en améliorant la dimension psychologique de la prise en charge des personnes radicalisées »¹³⁸⁴. C'est donc bien la dimension psychologique qui apparaît comme étant fondamentale afin d'appréhender un sujet radicalisé.

Cependant, pour certains professionnels de la santé mentale, l'appréhension de la radicalisation est floue voire embarrassante et pose un problème éthique¹³⁸⁵. En effet il ne faudrait pas psychiatriser n'importe quelle situation, la prudence est de mise quant à l'emballage injustifié d'espérer traiter la radicalisation uniquement à l'aide de la psychiatrie¹³⁸⁶. Par ailleurs, « les références idéologiques et religieuses sont propres à chaque individu. Et il est difficile pour un psychiatre ayant des références idéologiques et religieuses propres à sa personne, de se permettre de juger de la nature pathologique de celles d'un autre individu. On qualifierait une idéologie de pathologique, à défaut de vouloir émettre un jugement moral qui accuserait une idéologie d'être « mauvaise » »¹³⁸⁷. Il ne semble donc pas adéquat d'envisager l'idéologie comme une pathologie, aussi radicalisée soit-elle. Pour cette raison, la sollicitation des professionnels de la santé mentale doit nécessairement s'accompagner d'une démarche pluridisciplinaire.

¹³⁸⁴ J-P SUEUR, Filières « djihadistes » : pour une réponse globale et sans faiblesse, Paris, Sénat, 14 décembre 2015, p. 3.

¹³⁸⁵ Cf Annexe 2, p. 443.

¹³⁸⁶ Président du Syndicat des Praticiens Hospitalier (Dr BETREMIEUX), Président de l'Association des Secteurs de Psychiatrie en Milieu Pénitentiaire (Dr David). Lettre à la Ministre des Affaires sociales, de la Santé au sujet de la radicalisation, 2015.

¹³⁸⁷ J. MARCHAND, *op. cit.*, p. 56.

II. La prise en charge préventive de la radicalisation

395. Le psychisme des individus radicalisés. En raison de la multiplication des attentats terroristes islamistes « la question de la radicalisation psychique des auteurs de ces passages à l’acte ou de ceux et celles qui veulent faire comme eux est devenue centrale, notamment en ce qui concerne la prévention. Mieux connaître la dynamique mentale de ces agresseurs avérés ou potentiels participe à la compréhension et à la réduction de la menace terroriste et des conséquences du terrorisme »¹³⁸⁸. La prévention de la radicalisation amène à s’intéresser aux mineurs qui sont des cibles de choix d’endoctrinement (A), mais aussi au cas de personnes détenues qui évoluent dans un milieu propice à la radicalité (B).

A. La prise en charge préventive des mineurs

396. La vulnérabilité avérée du sujet adolescent. Le phénomène de radicalisation touche en majeure partie les jeunes, les adolescents. En effet, « depuis 2014, la radicalisation augmente de façon exponentielle avec la description de nouveaux profils parmi lesquels les adolescents constituent une part importante. Soixante-dix pour cent des individus signalés comme potentiellement radicalisés ont entre 12 et 26 ans et 20% sont des mineurs »¹³⁸⁹. La période d’adolescence est « à haut risque de radicalisation. Les mutations physiques et psychiques à l’œuvre rendent l’adolescent vulnérable à toutes les formes de radicalité. Différents mécanismes, sous-tendus par l’enjeu du processus de séparation-individuation, peuvent expliquer cette vulnérabilité, notamment la quête d’idéaux et de nouvelles figures identificatoire »¹³⁹⁰. Pour cette raison, avant tout passage à l’acte infractionnel, il est primordial de prévenir la dangerosité de l’adolescent radicalisé ou en voie de radicalisation. C’est dans ce contexte que les services de psychiatrie de l’enfant et de l’adolescent sont amenés à traiter la radicalisation des mineurs, et plus précisément, ils mettent en place des mécanismes de déradicalisation. Jusqu’en 2019, et avant sa dissolution, ils agissaient en collaboration avec l’Unité de Coordination de la Lutte Antiterroriste (UCLAT)¹³⁹¹.

¹³⁸⁸ E. BAUZA, J-P BOUCHARD, « Terrorisme islamiste la radicalisation mystifiante », *Annales Médico-Psychologiques* 176, 2018, p. 1048.

¹³⁸⁹ J. ROLLING, G. CORDUAN, « La radicalisation, un nouveau symptôme adolescent ? », *Neuropsychiatrie de l’enfance et de l’adolescence*, 2018, p. 278.

¹³⁹⁰ J. ROLLING, G. CORDUAN, *op. cit.*, p. 279.

¹³⁹¹ L’UCLAT créé par le ministère de l’intérieur en 1984 regroupés des représentants de la police et de la gendarmerie nationale et était dirigée par le contrôleur général de la police nationale. Sa mission principale était d’analyser quotidiennement les données relatives au terrorisme en étroite collaboration avec la DRSD, la DGSI,

Il s'agit d'une double préservation. En effet, la prise en charge consiste à protéger le mineur mais aussi l'ordre public. D'une part, le volet préventif permet à l'adolescent de se prémunir contre la commission d'une infraction, mais aussi de sauvegarder sa vie dans la mesure où les terroristes agissent au péril de leur vie. D'autre part, ce volet préventif permet de protéger l'ordre public, car les actes terroristes visent mortellement les populations. Le but est alors d'intervenir avant la commission d'une infraction pénale.

397. La prise en charge pluridisciplinaire du sujet adolescent. Dans un premier temps, la prise en charge des adolescents consiste à une prise de rendez-vous avec le ou les parents qui signalent la situation de risque. Dans d'autres cas, ce sont les institutions d'aide sociale à l'enfance qui orientent les patients vers ces processus cliniques de déradicalisation. Dans la mesure où l'environnement familial peut être une des causes de radicalisation, il est important que les parents soient inclus au processus afin de mieux connaître le cadre de vie du mineur. Il s'agit dans un second temps d'une démarche thérapeutique, oscillant entre des entretiens individuelles ou groupées avec des psychologues et travailleurs sociaux. On parle d'une véritable prise en charge clinique, ayant pour objectif d'éviter tout passage à l'acte. C'est une prise en charge de la dangerosité de l'individu. Pour cette raison, les professionnels ne parlent pas seulement d'adolescents mais de « patients radicalisés », qui passant du statut d'enfant en danger peuvent devenir dangereux. En effet, « les motifs de placement révèlent des situations lourdes avec violences ou abus récurrent, soit des traumatismes cumulés, ne laissant pas indemne le sentiment de sécurité interne. Les parcours sont émaillés de succession de placements et de fugues, induisant une véritable errance psychique et institutionnelle »¹³⁹². L'orientation vers la radicalisation ne représente pas nécessairement pour ces adolescents une véritable adhésion à la religion, mais peut être un moyen de briser leur sentiment de solitude.

La prise en charge des adolescents se réalise *ante delictum* car elle entend éviter la commission de tout acte terroriste et d'insérer le sujet adolescent. La prise en charge pluridisciplinaire semble plus adéquate qu'une simple prise en charge psychologique. C'est par l'intervention de professionnels de divers horizons qu'une appréhension de la radicalisation peut espérer être efficace. La radicalisation est aussi très présente chez les personnes détenues alors même qu'elles ne sont initialement pas condamnées pour des actes de terrorisme.

et le BLAT. C'est par arrêté, le 27 décembre 2019 qu'elle a été dissoute. Désormais ses missions sont effectuées par la direction générale de la Sécurité intérieure.

¹³⁹² M. MANSOURI, Z. HARRACH, « Une clinique de la « radicalisation » », L'évolution psychiatrique, 2021, p. 80.

B. La prise en charge préventive des personnes détenues

398. Le phénomène de radicalisation des personnes détenues. A la suite de la commission d'actes de terrorisme sur le territoire national, les pouvoirs publics se sont intéressés au phénomène de radicalisation des personnes détenues afin de prévenir la radicalisation au sein des établissements pénitentiaires. En 2018, le fichier de traitement des signalements pour la prévention de la radicalisation comptait 2262 fiches de personnes placées sous-main de justice repérées comme radicalisées et prise en charge par l'administration pénitentiaire¹³⁹³. Le repérage de ces individus est possible par l'usage de grilles d'indicateurs¹³⁹⁴. Le Comité Interministériel de Prévention de la Délinquance et de la Radicalisation (CIPDR) a élaboré différents indicateurs permettant de repérer au mieux le basculement dans la radicalisation¹³⁹⁵. Parmi ces indicateurs se retrouvent un « changement d'apparence », « une pratique religieuse ritualisée », des « traits de personnalité »¹³⁹⁶. De plus, la Direction de l'Administration Pénitentiaire (DAP) a œuvré pour mettre en place « des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire »¹³⁹⁷. « C'est donc bien sur la méthode du « faisceau d'indices » que repose la détection et le signalement des personnes radicalisées déterminant l'application des diverses politiques hygiénistes constituant le cœur de l'action publique en matière de radicalisation »¹³⁹⁸.

A partir de 2014, a été mis en place un régime pénitentiaire particulier des personnes radicalisées sous la forme d'unités pour la prévention de la radicalisation (UPRA)¹³⁹⁹. En effet, « la consécration de la notion de radicalisation dans le champ carcéral a conduit à la constitution progressive d'un sous-dispositif pénitentiaire dédié aux personnes radicalisées au sein de l'institution pénitentiaire »¹⁴⁰⁰. A ce sujet, le contrôleur général des lieux de privation de liberté a rendu un rapport en 2016. Afin de promouvoir le repérage et ainsi la prise en charge des personnes radicalisées, treize binômes de soutien avaient été créés et missionnés pour intervenir en milieu carcéral, composés chacun d'un éducateur et d'un psychologue. Ces binômes

¹³⁹³ F. HABOUZIT, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes « radicalisées » ? », RSC 2018, p. 541.

¹³⁹⁴ B. CASSIN, *Derrière les grilles. Sortons du tout-évaluation*, Paris, Mille et une nuits, 2014, p. 368.

¹³⁹⁵ CIPDR, « Tableau de synthèse des indicateurs de basculement et Référentiel des indicateurs de basculement dans la radicalisation » in *Guide interministériel de prévention de la radicalisation*, 2016, p. 100.

¹³⁹⁶ CIPDR, « Tableau de synthèse des indicateurs de basculement et Référentiel des indicateurs de basculement dans la radicalisation » in *Guide interministériel de prévention de la radicalisation*, 2016, pp. 101-104.

¹³⁹⁷ DAP, Note relative au guide d'utilisation des outils d'aide au repérage pluridisciplinaire d'un risque de radicalisation violente en établissement pénitentiaire, 5 décembre 2016.

¹³⁹⁸ F. HABOUZIT, *op. cit.*, p. 541.

¹³⁹⁹ C. SAAS, « Radicalisation : répression et « sécurisation », AJ pén. 2018, p. 116.

¹⁴⁰⁰ F. HABOUZIT, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », RSC 2017, p. 587.

agissaient de concert avec le personnel pénitentiaire, des aumôniers et la société civile. La prévention de la radicalisation passe par une démarche pluridisciplinaire, qui cherche à expliquer le phénomène en évitant une approche purement sécuritaire, le tout en ayant conscience que l'objectif n'est pas de considérer la radicalisation comme une maladie à proprement parler¹⁴⁰¹.

Cependant, en raison de l'accroissement exponentiel du phénomène de radicalisation, des interrogations subsistaient quant au fonctionnement des UPRA, de l'efficacité relative de la prise en charge¹⁴⁰², en raison notamment de l'effet contreproductif du regroupement des personnes radicalisées¹⁴⁰³, l'existence de ces unités était remise en cause. Par ailleurs, une question d'ordre déontologique voyait le jour. En effet, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté relevait que « l'utilisation des entretiens individuels menés par les psychologues des binômes, destinés à être en partie communiqués aux magistrats, pose la question du secret professionnel auquel sont astreints les psychologues. A tout le moins, les personnes qui s'entretiennent avec eux devraient être informées de l'usage qui peut être fait de leur propos »¹⁴⁰⁴. Cette hypothèse ne rentre effectivement pas dans les possibilités de lever le secret médical prévues par l'article 226-14 du Code pénal. Cependant, cette difficulté déontologique pour les psychologues ne pourrait-elle pas être écartée en faveur de la protection de l'ordre public ? Sans la promotion d'une véritable collaboration entre justice et santé, des faits majeurs de société ne pourraient pas être traités. L'équilibre entre respect des règles déontologiques et préservation de l'ordre public est difficile à trouver en la matière.

Malgré tout, les UPRA ont été supprimées et ont été remplacées par les quartiers d'évaluation de la radicalisation (QER)¹⁴⁰⁵. Ces QER sont « conçus sur le mode de l'évaluation de la dangerosité déjà expérimenté dans les unités dédiées. Un placement en quartier pour détenus violents (QDV), dont le régime se rapproche de celui de la mise à l'isolement, devait être prévu pour les personnes dont « la radicalisation est la plus forte et la plus susceptible d'entraîner de

¹⁴⁰¹ Rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Radicalisation islamiste en milieu carcéral, 2016, L'ouverture des unités dédiées, 7 juin 2016, p. 6.

¹⁴⁰²Rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *ibid.*, p. 54.

¹⁴⁰³ Le rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté expose les limites du regroupement de cette population dans la même unité. En effet, il apparaît que le regroupement soit un facteur favorisant le prosélytisme. Les individus se sentent exclus des autres détenus, sont soumis à un régime d'isolement accèdent difficilement au travail et à la formation professionnelle, ce qui ne favorise pas leurs efforts de réinsertion.

¹⁴⁰⁴ Rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Radicalisation islamiste en milieu carcéral, 2016, L'ouverture des unités dédiées, 7 juin 2016, p. 55.

¹⁴⁰⁵ Art. 726-2, Code de proc. pén.

la violence »¹⁴⁰⁶. Le principe même du regroupement des détenus considérés comme radicalisés n'a par conséquent pas été remis en cause [...]. La loi prohibant les aménagements de peine pour les détenus radicalisés violents, la réintégration de ces derniers dans la société semble compromise »¹⁴⁰⁷. En 2018, quatre nouveaux QER ont été créés et la dénomination des QDV a été remplacée celle de quartiers de prise en charge de la radicalisation (QPR)¹⁴⁰⁸.

Afin de répondre à la nécessaire individualisation du parcours de détention, « les personnes radicalisée sont une cible particulière de renseignement pénitentiaire et sont soumises à des pratiques particulières d'évaluation »¹⁴⁰⁹. Dans la mesure où les QER sont conçus sur le mode d'évaluation de la dangerosité, les professionnels de santé sont compétents. En effet, des équipes pluridisciplinaires sont mises en place au sein notamment desquelles interviennent des psychologues procédant à des évaluations qui peuvent durer jusqu'à quatre mois¹⁴¹⁰. La promotion des évaluations pluridisciplinaires démontre une ouverture du droit pénal à d'autres sciences. Cette « ouverture de plus en plus marquée du droit pénal à des savoirs qui lui sont hétérogènes, tels que la criminologie ou la psychiatrie, nourrit un mouvement de réduction de la place attribuée aux notions juridiques formelles et à l'intime conviction du juge au profit de notions floues, définies en référence à la normalité et justifiant une nouvelle arithmétique des preuves au travers de la méthode du faisceau d'indices »¹⁴¹¹.

En outre, la promotion de la pluridisciplinarité en la matière démontre la volonté du législateur de dépasser la conception d'un droit pénal qui se heurte à ses limites. Le droit ne peut tout résoudre avec ses mécanismes classiques de poursuites et de sanctions. Afin de dépasser ces limites, le législateur fait appel à d'autres sciences. Même si l'objectif de déradicaliser est noble, il n'en demeure pas moins qu'il revient encore aux professionnels de la santé mentale de prendre en charge un nouveau type de patients, qui *a priori* ne présentent pas de troubles pathologiques. Dans la mesure où le législateur s'en remet au savoir médical en matière de prévention d'actes de terrorisme, il engendre la médicalisation du droit pénal. Ce phénomène s'observe également en ce qui concerne la prise en charge des auteurs radicalisés.

¹⁴⁰⁶ F. HABOUZIT, *op. cit.*, p. 587

¹⁴⁰⁷ C. SAAS, *op. cit.*, p. 116.

¹⁴⁰⁸ CIPR, Prévenir pour protéger. Plan national de prévention de la radicalisation, Dossier de presse, 2018, p. 21.

¹⁴⁰⁹ F. HABOUZIT, *op.cit.*, p. 541.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 587.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p. 541.

Section 2 : La radicalisation comme source de dangerosité *post delictum*

399. La promotion d'une prise en charge pluridisciplinaire. La prise en charge des personnes radicalisées est pluridisciplinaire, elle oscille entre enseignements, acquisition des valeurs républicaines, groupe d'écoute, activités physiques et aussi la mise en place d'un suivi psychologique avec l'unité sanitaire¹⁴¹². Elle fait intervenir des sociologues, des travailleurs sociaux, des anthropologues et des psychologues. La prise en charge est donc possible avec une mise en place d'un suivi psychologique avec l'unité sanitaire. Initialement, pour permettre la prise en charge des auteurs radicalisés, le législateur s'est tourné vers les mesures de sûreté traditionnelles (I), puis a créé une mesure de sûreté spéciale (II).

I. Le recours aux mesures de sûreté traditionnelles

400. L'application limitée des mesures de sûreté traditionnelles. Dans la mesure où les personnes condamnées pour des actes de terrorisme témoignent d'une particulière dangerosité tant la radicalisation est ancrée, le législateur avait opté pour une application des mesures de sûreté traditionnelles, qui ont but d'éradiquer et de surveiller la dangerosité des personnes condamnées, espérant ainsi atteindre l'objectif de déradicalisation.

Le législateur avait donc tenté d'apporter une réponse à la dangerosité des individus radicalisés et ayant commis des actes de terrorisme avec l'arsenal répressif déjà existant. C'est dans cette idée qu'a été initialement appliqué le suivi socio-judiciaire (A). Une extension aux autres mesures de sûreté a ensuite été souhaitée (B).

A. L'application initiale du suivi socio-judiciaire

401. L'injonction de soins comme remède à la radicalisation. La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale permet d'appliquer le suivi socio-judiciaire aux infractions terroristes. Cette « peine pas comme les autres » initialement prévue pour les délinquants sexuels n'a cessé de voir son champ d'application s'accroître et s'appliquer

¹⁴¹² CNCDH, Avis sur la prévention de la radicalisation, 18 mai 2017, p. 30.

maintenant aux terroristes. Il faut rappeler que le suivi socio-judiciaire est justement une parfaite illustration de la combinaison entre soigner et punir relevée par Foucault. L'article 421-8 du Code pénal permet d'appliquer le suivi socio-judiciaire aux personnes condamnées pour actes terroristes¹⁴¹³. L'injonction de soins trouve donc à s'appliquer dans un objectif de déradicalisation. Le suivi socio-judiciaire s'inscrit comme une mesure contre la radicalisation, car permet d'assurer une surveillance post condamnation avec des obligations, des interdictions, une injonction de soin, mais aussi un placement sous surveillance électronique mobile¹⁴¹⁴. Plus que de déradicaliser la personne, l'objectif semble surtout être de la surveiller.

Les personnes condamnées sont orientées par les institutions judiciaires vers une injonction de soins avec l'idée d'une possible et surtout nécessaire déradicalisation. Pour ces dernières, le soin « représente l'avantage d'une sorte de preuve d'intention de changement, susceptible d'alléger les éventuelles peines encourues »¹⁴¹⁵.

Toutefois, le recours à l'injonction de soins a démontré ses limites. En effet, le processus de radicalisation connaît des causes hétéroclites que le soin ne peut résoudre à lui seul. Même si l'acceptation d'une injonction de soins par la personne condamnée témoignait d'une preuve d'intention de changement, il n'en demeure pas moins, qu'attribuer aux soins la capacité de résoudre les problèmes d'intégration, familiaux, sociaux et psychiques semblait utopiste. La radicalisation s'inscrit dans un processus trop complexe pour être traitée uniquement sous l'angle d'une pathologie que les professionnels de la santé mentale peuvent traiter dans une démarche thérapeutique. Il semble que le législateur a tenté de répondre à la radicalisation des sujets condamnés à l'aide de l'arsenal répressif existant, faute de mieux. Cependant, le suivi socio-judiciaire s'est heurté à la complexité des personnalités radicalisées, et surtout ne pouvait répondre efficacement à l'objectif de déradicalisation. Le législateur a donc tenté d'étendre les autres mesures de sûreté aux profils spécifiques des personnes condamnées toujours radicalisées.

¹⁴¹³ En vertu de l'article 421-1 du Code pénal, les infractions « constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

¹⁴¹⁴ J. ALIX, « Radicalisation et droit pénal », RSC 2020, p. 769.

¹⁴¹⁵ M. MANSOURI, Z. HARRACH, « Une clinique de la « radicalisation » », L'évolution psychiatrique, 2021, p. 78.

B. L'extension des autres mesures de sûreté

402. Le contrôle du Conseil constitutionnel. En raison de la dangerosité que les condamnés radicalisés présentent, le législateur a cherché à appliquer les mesures de sûreté en matière de terrorisme. Plus précisément, les mesures de sûreté ont été étendues avec la loi 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.

La proposition de loi prévoyait qu'à l'issue d'une peine égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement, si la juridiction régionale de la rétention de sûreté décelait une dangerosité persistante, l'individu pouvait être soumis à des obligations et interdictions. Parmi ces mesures, on retrouve les obligations ou interdictions de répondre à des convocations, de suivre une formation professionnelle, de ne pas exercer certaines activités, de suivre une prise en charge sanitaire ou psychologique etc. Il était prévu que le fait de ne pas respecter ces mesures était puni de 45 000 euros d'amende et de trois ans d'emprisonnement. Contrairement à la rétention de sûreté pour laquelle la durée est d'un an renouvelable indéfiniment, dans ce cas, la proposition de loi recommandait une durée d'un an renouvelable dans la limite de dix ans. L'individu radicalisé faisait l'objet d'une évaluation pluridisciplinaire et d'un traitement médicalisé, au même titre que les personnes condamnées déjà concernées par une mesure de sûreté.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel a censuré une grande partie de la proposition de loi dans une décision du 7 août 2020¹⁴¹⁶. Seule a survécu la modification apportée à l'article 421-8 du Code pénal relative à l'obligation de motiver la décision de ne pas prononcer le suivi socio-judiciaire. En faisant rentrer la radicalisation sur le terrain de la dangerosité, le législateur étendait une fois de plus de champ de compétence des acteurs médicaux, qui doivent intervenir au stade de l'évaluation de la dangerosité mais aussi à celui de sa prise en charge.

Le Conseil constitutionnel considérait que « s'il est loisible au législateur de prévoir des mesures de sûreté fondées sur la particulière dangerosité, évaluée à partir d'éléments objectifs, de l'auteur d'un acte terroriste et visant à prévenir la récurrence de telles infractions, c'est à la condition qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis ne soit suffisante pour prévenir la commission de ces actes et que les conditions de mise en œuvre de ces mesures et leur durée soient adaptées et proportionnées à l'objectif

¹⁴¹⁶ Cons. const. 7 août 2020, n° 2020-805 DC, « Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, D. 2020, p. 1869 ; note G. Beaussonie.

poursuivi. Le respect de cette exigence s'explique *a fortiori* lorsque la personne a déjà exécuté sa peine ». Le Conseil se prononçait sur le point de savoir si les mesures de sûreté prévues par la proposition de loi étaient « adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi », fondant sa position sur l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme en vertu duquel « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

Selon les sages, les mesures de sûreté prévues « portent atteinte à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale ». De plus, elles posent problème car elles peuvent être prononcées sans qu'il soit « exigé que la personne ait pu, pendant l'exécution de sa peine, bénéficier de mesures de nature à favoriser sa réinsertion ». La durée des mesures est également remise en cause « dès lors que la partie ferme de la peine est au moins égale à trois mois d'emprisonnement, et ce alors même que, en prononçant un sursis simple, la juridiction de jugement n'a pas jugé utile de prévoir que la partie de la peine assortie du sursis s'exécuterait sous la forme d'une mise à l'épreuve ou d'un sursis probatoire, mesures pourtant de nature à assurer un suivi de la personne après son emprisonnement ». De surcroît, concernant le renouvellement des mesures, les sages relèvent qu'ils « peuvent être décidés aux mêmes conditions que la décision initiale, sans qu'il soit exigé que la dangerosité de la personne soit corroborée par des éléments nouveaux ou complémentaires ».

Par conséquent, « le Conseil constitutionnel en déduit une méconnaissance des exigences susvisées, l'idée étant sans doute que, pour être légitimes, en premier lieu, ces mesures auraient dû se limiter à des personnes condamnées à des peines graves. La dangerosité, ainsi, fût-elle « évaluée à partir d'éléments objectifs », ne sauraient suffire à les justifier, de même qu'il aurait fallu la redémontrer à chaque renouvellement des mesures. En second lieu, ces mesures n'auraient dû concerner que des personnes qui, non seulement, ne pouvaient pas faire l'objet d'une autre forme de suivi, mais aussi, demeuraient dangereuses après l'échec de mesures de réinsertion organisées durant l'exécution de leur peine »¹⁴¹⁷.

La décision de Conseil constitutionnel semble cohérente. En effet, même si la proposition de loi visait à éviter les sorties sèches de prison pour les personnes radicalisées présentant une dangerosité persistante, les garanties inhérentes aux libertés individuelles n'étaient pas

¹⁴¹⁷ G. BEAUSSONIE, « Une goutte de sûreté dans un océan de sécurité », D. 2020, p. 1869.

suffisamment protégées. Le but était louable, toutefois, pour fonder des mesures sur la dangerosité et non la culpabilité, il est absolument nécessaire que tout soit mis en place en amont afin de les éviter. Cependant, comme les personnes condamnées pour infractions terroristes ne bénéficient pas d'aménagement ou de réduction de peine permettant de préparer leur réinsertion¹⁴¹⁸, tout n'est pas mis en œuvre afin de prévenir leur sortie sèche. Les nouvelles mesures de sûreté n'étaient donc pas strictement nécessaires et proportionnées. D'autant que la proposition de loi ne prévoyait pas que ces mesures soient strictement applicables aux infractions terroristes les plus graves alors même que c'est le propre des mesures de sûreté que d'être liée à la particulière gravité de l'infraction initiale. Pour pallier les limites inhérentes aux mesures de sûreté traditionnelles, le législateur a créé une mesure de sûreté spécialement applicable aux auteurs d'actes de terrorisme.

II. La création d'une mesure de sûreté spéciale

403. Le traitement spécial de la radicalisation. La spécificité de la radicalisation rend nécessaire un traitement spécial et surtout adapté à la dangerosité particulière que les auteurs d'infractions terroristes présentent. Les mesures de sûreté traditionnelles ne suffisent pas à traiter efficacement ces auteurs et surtout à permettre leur déradicalisation. C'est ainsi qu'une mesure judiciaire de prévention de la récidive a été créée (A), elle semble faire émerger une nouvelle forme de dangerosité (B).

A. La création d'une mesure judiciaire de prévention de la récidive

404. La mise en place d'un traitement spécial des actes de terrorisme. Récemment, la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement espère renforcer la prévention d'actes de terrorisme en créant une nouvelle mesure sûreté, qui est la mesure judiciaire de prévention de la récidive validée par le Conseil constitutionnel¹⁴¹⁹. Cette loi tend à renforcer les mesures individuelles de contrôle administratif

¹⁴¹⁸ C. SAAS, « Radicalisation : répression et « sécurisation », AJ pén. 2018, p. 116.

¹⁴¹⁹ Cons. constit., n° 2021-822 DC du 30 juillet 2021.

et de surveillance instituées par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

Désormais, en vertu de l'article 706-25-16 du Code de procédure pénale, à la fin de l'exécution de la peine, si la personne condamnée à une des infractions mentionnées aux articles 421-1 à 421-6 « présente une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive et par une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme », une mesure judiciaire de prévention de la récidive peut être appliquée. Cette mesure judiciaire de prévention de la récidive consiste en « une prise en charge sanitaire, sociale, éducative, psychologique ou psychiatrique destinée à permettre la réinsertion de la personne concernée et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté ».

Contrairement à ce qui était prévu en 2020, la mesure n'est applicable que si la personne a pu bénéficier pendant sa peine de mesures favorisant sa réinsertion. Cet ajout répond à l'exigence posée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 7 août 2020. Dans sa décision du 30 juillet 2021, le Conseil constitutionnel a estimé que, « en adoptant ces dispositions, le législateur a poursuivi l'objectif de lutte contre le terrorisme. Examinant l'ensemble du régime juridique de cette mesure judiciaire, quant à son champ d'application, aux conditions de son prononcé et à sa durée notamment, il en a déduit que les dispositions contestées ne méconnaissaient pas la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée ou le droit de mener une vie familiale normale »¹⁴²⁰. Le législateur entend faire de cette mesure judiciaire de prévention de la récidive une mesure spécifique aux actes de terrorisme, car elle s'applique seulement si la personne n'a pas été condamnée à un suivi socio-judiciaire, une surveillance de sûreté, une surveillance judiciaire ou une rétention de sûreté¹⁴²¹.

Toutefois, elle présente des similitudes avec les mesures de sûreté traditionnelles notamment quant à sa durée. La mesure judiciaire de prévention de la récidive peut être prononcée pour une durée d'un an renouvelable après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté pour la même période dans la limite de cinq ans et dans la limite de trois ans si le condamné est mineur¹⁴²².

Cette nouvelle mesure judiciaire de prévention de la récidive intéresse la médicalisation du droit pénal car comme pour les mesures de sûreté, elle fait intervenir les professionnels de

¹⁴²⁰ « Terrorisme et renseignement : publication de la loi après invalidation partielle », D. 2021, p. 1541.

¹⁴²¹ Code pénal, art. 706-25-16, IV.

¹⁴²² Code de proc. pén., art. 706-25-16, al. 1^{er}.

la santé mentale. En effet, « la situation des personnes détenues susceptibles de faire l'objet de la mesure prévue à l'article 706-25-16 est examinée, sur réquisitions du procureur de la République antiterroriste, au moins trois mois avant la date prévue pour leur libération, par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté prévue à l'article 763-10, afin d'évaluer leur dangerosité et leur capacité à se réinsérer »¹⁴²³. En vertu du décret n° 2207-1169 du 1^{er} août 2007 relative au PSEM, et de l'article R. 61-8 du Code de procédure pénale, la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté est composée, d'un président de chambre à la cour d'appel, du préfet de région, du directeur interrégional des services pénitentiaires compétent, d'un expert psychiatre, d'un expert psychologue titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisée ou d'un mastère de psychologie, d'un représentant d'une association d'aide aux victimes et d'un avocat, membre du conseil de l'ordre. La compétence des professionnels de la santé mentale est donc sollicitée afin d'évaluer le risque de dangerosité de la personne condamnée. « La mise en œuvre de cette nouvelle mesure de sûreté dépend ainsi toujours de l'appréciation subjective de la « dangerosité » des individus qui ne repose pas sur des éléments pouvant être objectivement constatés. Aucun garde-fou n'est instauré à cet égard par la loi du 30 juillet 2021, s'agissant d'une matière où, contrairement à la rétention de sûreté, la dangerosité ne peut reposer sur la constatation d'un trouble grave de la personnalité »¹⁴²⁴, ce qui questionne quant à l'appréciation qu'il faut avoir de la dangerosité de la personne condamnée.

Cependant, le recours à la pluridisciplinaire semble être la meilleure solution pour évaluer la dangerosité de la personne. Le droit pénal ne se suffisant plus à lui seul, il fait appel à d'autres savoirs pour traiter les maux de la société. Cela signifie que le droit pénal évolue vers un traitement pénal pluridisciplinaire des infractions et de leurs auteurs. Entremêler différents savoirs n'est pas nécessairement la conséquence d'un droit pénal en déperdition mais simplement d'un droit pénal qui s'adapte aux évolutions de la société et de la criminalité. La collaboration entre divers professionnels, œuvrant dans un intérêt commun pourrait être le socle d'une réponse pénale adaptée. En matière de radicalisation, ce travail de concert donne naissance à une nouvelle forme de dangerosité.

¹⁴²³ Code de proc. pén., art. 706-25-17.

¹⁴²⁴ M. PUGLIESE, « Renforcement de la prévention d'acte de terrorisme : la loi publiée », Dalloz actu., 7 septembre 2021.

B. L'émergence d'une nouvelle forme de dangerosité

405. Les précisions quant à la définition de la dangerosité. Ce qui est surprenant concernant les personnes condamnées à des actes de terrorisme, c'est que le législateur semble donner une définition plus précise de ce qu'il entend par « dangerosité ». Habituellement, il ne faisait référence qu'à la notion de « particulière dangerosité », sans en donner une définition précise. Néanmoins, à la lecture de l'article 706-25-16 du Code de procédure pénale, il semble qu'en matière d'actes de terrorisme, la dangerosité se caractérise par « une probabilité très élevée de récidive et par une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ». La première partie de la définition ne soulève pas d'interrogation car elle fait directement référence à la notion de dangerosité criminologique. Cependant, la seconde partie donne une nouvelle piste quant à la définition de la dangerosité en matière de terrorisme. Il faut comprendre que, selon le législateur, la dangerosité de la personne radicalisée est particulière, différente de la dangerosité psychiatrique ou criminologique. En effet, il ne s'agit pas d'une dangerosité induite par l'existence d'un trouble mental ni même d'une simple dangerosité fondée sur un risque de récidive mais d'une dangerosité bien spécifique. La personne condamnée pour actes de terrorisme doit en plus présenter la particularité d'une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme. A côté de la dangerosité psychiatrique et de la dangerosité criminologique une dangerosité terroriste semble s'ajouter.

L'existence de trois formes de dangerosité n'est pas exempte de difficultés. En effet, même si l'évaluation de la dangerosité psychiatrique ne semble *a priori* pas poser de problème pour les professionnels de la santé mentale, l'évaluation de la dangerosité criminologique, peut être plus difficile dans la mesure où le risque de récidive est difficilement quantifiable. L'évaluation de ce risque est d'autant plus compliquée pour les professionnels de la santé mentale car il ne relève pas de l'existence d'un trouble mental. Comment alors traiter la dangerosité terroriste ? Cette dernière a la particularité de présenter d'autres caractéristiques que le trouble mental ou le risque de récidive donc demande une autre forme d'évaluation. Le but du législateur est louable car il entend faire des actes de terrorisme et de la dangerosité de leurs auteurs une catégorie à part tant les actes commis soulèvent l'effroi et l'indignation. La particulière gravité des infractions terroristes amène à la création d'une dangerosité qui est tout aussi particulière et surtout qui lui est propre. Cette nouvelle forme de dangerosité interroge quant à sa légitimité, car la gravité de l'acte terroriste ne justifie pas nécessairement l'émergence d'une nouvelle dangerosité.

Cependant, l'évaluation et le traitement de cette forme de dangerosité sortent du champ de compétences traditionnel des professionnels de la santé mentale. En ayant recours à eux, le législateur laisse penser que la psychologie et la psychiatrie seraient les ultimes moyens de combattre les formes de criminalité les plus graves et que la grande délinquance serait une maladie. Surtout, si le législateur estime que la dangerosité terroriste se caractérise par l'adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme, on sort complètement du champ médical.

Pour pallier cette difficulté, le législateur a fort heureusement prévu une prise en charge pluridisciplinaire des personnes radicalisées, car elle est « sanitaire, sociale, éducative, psychologique ou psychiatrique »¹⁴²⁵. Mais une fois de plus, on se heurte à un problème parce que cette prise en charge a pour finalité de « permettre la réinsertion de la personne concernée et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté »¹⁴²⁶. Là encore, est-ce de la compétence des professionnels de la santé mentale que d'œuvrer à l'acquisition des valeurs de la citoyenneté ? La réponse apparaît négative car ça ne relève pas de l'ordre du pathologique.

Enfin, la tâche qui incombe aux experts psychologues et psychiatres se durcit en ce qui concerne les personnes condamnées à des actes terroristes et qui présentent en plus un trouble mental rendant nécessaire leur placement en soins psychiatriques sans consentement¹⁴²⁷. Dans cette situation, les professionnels de la santé mentale doivent se prononcer sur les trois formes de dangerosités.

406. Conclusion Chapitre 2. Le législateur doit faire face aux nouvelles figures de la dangerosité que représentent les terroristes radicalisés. La dangerosité particulière qu'ils manifestent amène à leur attribuer un traitement particulier. En effet, même si dans un premier temps c'est sous l'angle des mesures de sûreté classiques que le législateur a entendu assurer leur traitement, ces dernières n'étaient pas suffisamment spéciales. Parce que la prise en charge des personnes radicalisées a pour objectif d'aboutir à leur déradicalisation, une nouvelle mesure de sûreté spécifique a été conçue récemment. La déradicalisation passe alors par une démarche pluridisciplinaire faisant notamment intervenir les professionnels de la santé mentale. Même si ces professionnels ont manifesté leur inconfort quant au rôle qui leur est attribué en la matière,

¹⁴²⁵ Code de proc. pén., art. 706-25-16 al. 2.

¹⁴²⁶ Code de proc. pén., art. 706-25-16 al. 2.

¹⁴²⁷ Art. L. 3211-12-7, CSP

il n'en demeure pas moins que le législateur entend leur donner une place primordiale dans le processus de déradicalisation.

Cependant, bien que cet objectif de déradicalisation semble central, en réalité, les mesures de sûreté n'ont pas tant pour but de déradicaliser que de surveiller les personnes après l'exécution de leur peine¹⁴²⁸. En effet, « l'objectif de prévention de la récidive est purement rhétorique [...] c'est un réflexe de défense sociale qui s'exprime officiellement conduisant à multiplier les mesures punitives, à infliger des peines déguisées pour faire durer la peine, faire renaître le sentiment de son infinitude et, *in fine*, éliminer »¹⁴²⁹.

407. Conclusion Titre 2. Le recours aux mesures de sûreté est symptomatique d'un droit pénal qui était insuffisant pour répondre à lui seul à la particularité que certains condamnés présentent. Malgré l'exécution d'une peine privative de liberté, certains individus sont encore identifiés comme étant dangereux et leur reclassement semble difficile. Surveiller ou mettre à l'écart ces derniers de la société apparaît comme étant l'ultime recours. Mais cela prouve aussi l'échec du système carcéral français qui ne permet pas la réinsertion. Afin d'espérer trouver des raisons à la dangerosité et surtout tenter de l'éradiquer, c'est à la connaissance des professionnels de la santé mentale que le législateur a recours. Cette judiciarisation de l'activité médicale semble être un moyen de justifier qu'après l'exécution d'une peine, des condamnés puissent rester sous-main de justice. L'articulation soigner et punir serait alors un leurre qui permettrait en réalité d'éliminer les individus dangereux de la société. La finalité des mesures de sûreté n'en reste pas moins défendable, car elles veulent protéger l'ordre public et éviter la récidive. Néanmoins, apporter une réponse par le tout médical est illusoire et insister sur la pluridisciplinarité est primordial.

408. Conclusion Partie 2. Il n'y a pas que dans le domaine des mesures de sûreté et plus précisément de la dangerosité que le droit pénal fait appel au savoir médical. C'est plus largement en matière de sanction pénale que la seule intervention du droit pénal classique s'avère être insuffisante en ne garantissant pas la réinsertion. Mais aussi, c'est aux yeux de la société en demande de sécurité que la peine semble insuffisante. Les maux de la société ne trouvant pas de réponse adéquate, c'est vers les sciences médicales que le législateur se tourne.

Le recours judiciaire aux soins connaît un véritable mouvement de généralisation. Ce recours aux soins se retrouve en matière de condamnation pour un grand nombre de délinquants

¹⁴²⁸ J. ALIX, « Radicalisation et droit pénal », RSC 2020, p. 769.

¹⁴²⁹ J. ALIX, *ibid.*, p. 769.

et criminels. Même si à l'origine il visait spécifiquement les personnes présentant une addiction à la drogue ou l'alcool, il s'est ensuite étendu aux délinquants sexuels. C'est ainsi qu'ont vu le jour les traitements inhibiteurs de libido et surtout l'influence grandissante des professionnels de la santé mentale. Désormais, le recours judiciaire aux soins concerne une multiplicité de profils, ce qui donne peu de lisibilité à ce dernier, en témoigne le recours quasi systématique à l'injonction de soins. En effet, traiter médicalement les condamnés revient à les considérer comme des personnes malades alors qu'ils ne présentent pas nécessairement de troubles mentaux. Ce sont plus exactement vers les psychiatres et psychologues que le législateur s'est tourné afin d'espérer avoir une réponse pénale individualisée, qui permettrait d'éviter la récidive. Le traitement des personnes condamnées n'est donc plus seulement sécuritaire mais aussi sanitaire. Finalement, le droit pénal promeut la pluridisciplinarité dans le traitement des infractions et de leurs auteurs afin de garantir l'adaptation aux évolutions de la criminalité. Le phénomène criminel n'est pas seulement une affaire de droit, mais il est aussi une problématique sociétale à laquelle une réponse pluridisciplinaire semble adaptée. La pluridisciplinarité est souhaitable si chacun des protagonistes évolue dans une mission qui lui est propre ; le magistrat poursuit et condamne, l'expert apporte son savoir en soutien. Dans la mesure où c'est le législateur pénal qui s'en remet au savoir médical, il est lui-même à l'origine de la médicalisation du droit pénal.

CONCLUSION GENERALE

409. La médicalisation comme soutien paradoxal à la pratique du droit pénal. La médicalisation s'observe à tous les stades de la procédure pénale, aidant la poursuite de la personne mise en cause, mais aussi sa condamnation. Lors de l'administration de la preuve, les sciences médicales apportent un réel soutien aux enquêteurs et à l'autorité judiciaire. Désormais, la preuve jouit d'une plus grande fiabilité grâce à l'appui de la science. De plus, la médecine apporte son concours dans l'évaluation de la responsabilité. En effet, le législateur exige notamment l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique pour que la personne soit déclarée totalement ou partiellement irresponsable de ses actes¹⁴³⁰. Dans la mesure où la nature du trouble relève du savoir médical, il est logique que les professionnels de santé soient saisis en vue de son évaluation.

Par ailleurs, la peine change de paradigme sous l'influence de la médicalisation. S'éloignant de l'idée d'infliger un châtement à la personne condamnée, la peine est plus humaniste et se veut individualisée. On parle en termes de traitement de la personne condamnée, permettant d'allier la punition et le soin. Ce changement de paradigme pourrait amener à considérer le phénomène criminel comme une maladie, mais ce propos est à nuancer. Il ne faut pas confondre la pathologie au sens psychiatrique (schizophrénie ou psychopathie) et le trouble de la personnalité, qui peut être la conséquence d'un trouble social. Le criminel n'est que très rarement atteint d'une pathologie. Cependant, la peine d'emprisonnement montre ses limites, et sous l'influence de la Défense sociale nouvelle, les soins pénalement ordonnés ont envahi le paysage répressif. Le recours judiciaire aux soins entend s'adapter à la personnalité du condamné, permettant ainsi de réduire les risques de récidive. Pour les personnes considérées comme les plus dangereuses, et sous le prisme des théories positivistes, de nouvelles mesures ont vu le jour, permettant d'astreindre la personne condamnée à un suivi, voire à un enfermement après la peine. Ces mesures de sûreté ont été largement décriées. Elles poursuivent un but louable, en ce qu'elles permettent de contrôler une personne à l'issue de sa peine si elle présente toujours une dangerosité criminologique. La finalité desdites mesures est de protéger la société en prévenant la récidive.

¹⁴³⁰ Code pénal, art. 122-1.

Néanmoins, malgré ces apports incontestables des sciences médicales au soutien du droit pénal, la médicalisation entraîne un certain nombre de conséquences. La médicalisation du droit pénal est paradoxale, car elle est un véritable soutien à la pratique du droit pénal, quoiqu'elle engendre des atteintes. Les droits de la défense en sont une illustration : du droit de ne pas participer à sa propre incrimination, au droit de taire, en passant par la présomption d'innocence, ces droits – qui étaient *a priori* acquis – subissent le poids de la science. L'office du magistrat répressif est aussi impacté. La répercussion de la force probante des procédés utilisés sur son intime conviction est prégnante. C'est dire que le juge pénal accorderait plus de valeur à une expertise scientifique qu'à un autre mode de preuve, créant ainsi, en pratique, une hiérarchie des preuves. Mais, il ne faut pas incriminer les sciences médicales car l'intensification de la médicalisation ne dépend pas des professionnels de santé.

410. Le constat d'un droit pénal confronté à ses limites. Certes, la médecine a rapidement étudié le phénomène criminel et même apporté son concours à la justice avec la médecine légale. Toutefois, bien que les savants soient intéressés par la criminalité, ses origines et son traitement, rien n'astreint le législateur à solliciter la compétence du professionnel de santé. Pourtant, il fait intervenir le savoir médical à différentes étapes de la procédure pénale, le rendant quasiment indispensable. La sollicitation massive du médecin révèle l'existence d'une insuffisance du droit pénal classique. En effet, il s'agit d'un effort d'adaptation du droit pénal aux évolutions de la criminalité et de la société, espérant assurer une protection efficace de l'ordre public. Plus encore, c'est un aveu d'échec du traitement classique des personnes condamnées, les peines privatives de liberté ne suffisant pas efficacement à réinsérer et à éviter la récidive. Il existe bien une médicalisation du droit pénal, mais sa critique ne peut être entièrement imputée aux professionnels de santé qui deviennent, malgré eux, plus que des auxiliaires de justice.

Par ses sollicitations en matière de preuve, de responsabilité et de traitement, le législateur fait peser une responsabilité et non des moindres sur le médecin. Il doit appréhender, évaluer, proposer et éviter toute erreur de diagnostic. D'une part, le juriste en appelle au savoir médical pour se préserver de toute erreur judiciaire et pour déterminer la peine la plus adaptée. D'autre part, le médecin porte la responsabilité d'apprécier et de prendre en charge un patient pas comme les autres, ne donnant pas un consentement totalement libre et éclairé. Par ailleurs, il doit s'efforcer de transformer l'injonction judiciaire en véritable adhésion s'il souhaite que la démarche thérapeutique porte ses fruits. Le médecin doit donc inverser le mécanisme de

contrainte indirecte. La mission allouée au professionnel de santé est lourde de conséquences, tant sur l'avenir de la personne condamnée, que sur la protection de l'ordre public.

Le législateur en appelle à la médecine pour pallier ses lacunes. Néanmoins, il est nécessaire que le recours au savoir médical soit mesuré. En effet, le législateur ne doit pas tomber dans le tout médical, laissant penser que les sciences médicales peuvent guérir tous les maux de la société. Cette vision est utopiste car les professionnels de la santé mentale en viennent déjà à prendre en charge des troubles qui ne relèvent pas de la maladie mentale, mais tentent quand même d'apporter des grilles de lecture afin d'en trouver un traitement adapté. L'exemple du suivi socio-judiciaire est frappant. Initialement, cette mesure était exclusivement prévue à l'encontre des délinquants sexuels, mais elle n'a cessé de s'étendre à d'autres formes de délinquances, perdant ainsi de sa cohérence. Plus encore, dans l'évaluation de la radicalisation et dans le dispositif de déradicalisation, le législateur fait intervenir les professionnels de santé alors même que plus qu'un trouble mental ou de la personnalité, la radicalisation est bien souvent la conséquence d'un cheminement beaucoup plus complexe. La sollicitation des professionnels de santé ne doit pas outrepasser leurs compétences. De surcroît, en médicalisant le droit pénal à outrance, le législateur prend le risque d'engendrer une mutation de la pénalité. Cette dernière est d'ailleurs déjà amorcée en raison des atteintes aux droits de la défense, de la remise en cause de la liberté de la preuve, mais aussi du glissement vers un modèle inquisitoire. Afin d'espérer trouver un équilibre dans le couple justice-médecine, le droit pénal doit s'efforcer de ne pas être à l'origine de sa surmédicalisation.

Par ailleurs, le législateur doit veiller à prendre en considération la pénurie des médecins. La pratique démontre qu'il est ardu de trouver des professionnels de santé qui acceptent de travailler au service de la justice, tant pour des préoccupations déontologiques que financières. A titre d'illustration, les délais pour obtenir une expertise médico-légale sont longs en fonction des territoires, certains psychiatres se refusent à se prononcer sur la dangerosité criminologique, d'autres subissent les injonctions judiciaires. En outre, il est louable d'espérer obtenir une preuve d'une grande fiabilité. Toutefois, l'entrée des neurosciences à titre de preuve se heurte à une réalité pragmatique, à savoir le budget alloué à la justice. Le tout médical, en plus d'outrepasser les prérogatives du médecin, a un coût qui ne peut pas être assumé par les moyens du ministère de la justice. Par conséquent, pour ces raisons, la mesure est de mise dans la médicalisation du droit pénal et le législateur en est le gardien.

411. La promotion d'une collaboration structurée entre la justice et la médecine. Au-delà d'être mesurée, la médicalisation doit être structurée. Structurer la collaboration entre la justice et la médecine permettrait d'éviter les dérives. Le législateur ne s'efforce pas toujours d'organiser l'intervention du savoir médical au sein du droit pénal, rendant ainsi la loi imprécise. A titre d'exemple, l'évaluation des ITT n'est pas définie dans le Code de procédure pénale, alors même que cette dernière a une importance – et non des moindres – dans l'orientation de la qualification pénale. La difficulté peut être encore plus prégnante en ce qui concerne l'évaluation des ITT psychologiques pour lesquelles le Code de procédure pénale ne se prononce pas. De même, l'indifférenciation entre expertises scientifiques et techniques ou psychologiques et psychiatriques rend la loi peu lisible. L'imprécision de la loi pénale est une source d'insécurité, et surtout une source de danger.

La structuration permettrait d'une part qu'il n'y ait plus de défiance à l'égard de l'influence des sciences médicales. D'autre part, elle impliquerait que les professionnels de santé ne considèrent pas les sollicitations judiciaires comme une contrainte. Il faut partir du postulat que les deux disciplines peuvent servir un but commun pour que la médicalisation du droit pénal ne soit pas considérée comme étant néfaste. En effet, « l'image qui prévaut est celle de l'homme de science qui participe aux événements de son temps, qui met ses propres connaissances au service de la collectivité car il demeure convaincu de l'utilité sociale de la science pour l'humanité »¹⁴³¹. Le droit et la médecine peuvent servir la même finalité, à savoir la protection de la société, le droit pénal par la répression, la médecine par le traitement. Cela permet qu'elles évoluent de concert. Concourir ensemble à la pratique du droit pénal est ce qui permet de trouver un point d'équilibre entre répression et humanisation. Les sciences médicales sont d'ailleurs toutes destinées pour que le droit pénal remplisse sa fonction humaniste.

La médicalisation du droit pénal est la conséquence d'une interdisciplinarité. La structuration de la collaboration est importante pour éviter une confusion des savoirs et que chacun apporte son concours à l'échelle de ses compétences et connaissances. Plus qu'une interdisciplinarité, il faut faire la promotion d'une pluridisciplinarité ne s'arrêtant pas à l'échelle du seul savoir médical, mais faisant intervenir d'autres disciplines telle que la sociologie, créant un mélange entre les différentes influences criminologiques et sociologiques. En structurant les

¹⁴³¹ P. GIROLAMI, « Mais l'idée ne meurt pas ou la science en tant que profession chez Lombroso et ses disciples », in *Déviance et délinquances, Approches psycho-sociales et pénales*, P. CONTE, S. TZISTZIS (dir.), Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 109.

relations, le droit pénal serait décomplexé face au savoir médical et préserverait sa souveraineté¹⁴³², et la médicalisation ne serait envisagée que sous le prisme de sa nécessité.

¹⁴³² P. MISTRETTA, T.W LEVI-FAICT, « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », Gaz. Pal. 5 février 2019, n° 05, p. 84.

BIBLIOGRAPHIE

I. Traité, manuels et ouvrages généraux

- BENABENT (A)**, *Droit des obligations*, 19^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 2021.
- BENTHAM (J)**, *Traité des preuves judiciaires, Tome I*, 2^{ème} éd, Paris, Bossange, 1830.
- BERGEAL (C)**, *Rédiger un texte normatif, Manuel de légistique*, 7^{ème} éd., Paris, Berger-Levrault, 2012.
- BONIS (E), PELTIER (V)**, *Droit de la peine*, 5^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2019.
- BOULOC (B), MATSOPOULOU (H)**, *Droit pénal général et procédure pénale*, 20^{ème} éd., Paris, Sirey, 2016.
- BOULOC (B)**, *Droit pénal général*, 27^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2021.
- BOULOC (B)**, *Droit pénal général*, 24^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2017.
- BOUZAT (P), PINATEL (J)**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^{ème} éd., t. III, Paris, Dalloz, 1970.
- CHAUVEAU (A), HELIE (F)**, *Théorie du code pénal*, 2^{ème} éd., Paris, Edouard Legrand, 1845.
- CONTE (P)**, *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2016.
- CORNU (G)**, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, 13^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 2007.
- CORNU (G)**, (dir.), *Vocabulaire juridique Capitant*, 11^{ème} éd, Paris, 2016.
- DESPORTES (Y), LAZERGES-COUSQUER (L)**, *Traité de procédure pénale*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2013.
- DREAN-RIVETTE (I)**, *La personnalisation de la peine dans le code pénal*, Paris, L'Harmattan, coll. Traité de sciences criminelles, 2005.
- DREYER (E)**, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2021.
- DREYER (E)**, *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2016.

- DREYER (E)**, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2019.
- DREYER (E)**, *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Paris, ellipses, coll. Cours magistral, 2016.
- DUBOIS (O)**, *La médecine nouvelle : Traité théorique et pratique de médecine et de pharmacie usuelle d'hygiène et de médecine légale*, 125^{ème} éd., Paris, 1920.
- DUFLO (J), MARTIN (E)**, *Traité pratique de l'application des peines*, Paris, Sofiac Berger-Levrault, 2010.
- GASSIN (R)**, *Criminologie*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1994.
- GASSIN (R)**, *Criminologie*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2003.
- GASSIN (R), BONFILS (P), CIMAMONTI (S)**, *Criminologie*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2011.
- GIACOPELLI (M), PONSEILLE (A)**, *Droit de la peine*, Paris, LGDJ, coll. Cours, 2019
- GUINCHARD (S), BUISSON (J)**, *Procédure pénale*, 12^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2019.
- GUINCHARD (S), J. BUISSON (J)**, *Procédure pénale*, 10^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2014.
- HERZOG-EVANS (M)**, *Droit de l'exécution des peines*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2020.
- MALAURIE (P), MORVAN (P)**, *Introduction générale*, Paris, Defrénois, coll. Droit civil, 3^{ème} éd., 2009.
- MAYAUD (Y)**, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., Paris, PUF, 2015.
- MISTRETTA (P)**, *Droit pénal médical*, Paris, Cujas, 2013.
- MISTRETTA (P)**, *Droit pénal médical, Contentieux, responsabilité pénale, droits du patient*, Paris, LGDJ, 2019.
- MERLE (R), VITU (A)**, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Tome I*, 7^{ème} éd., Paris, Cujas, 1997.
- MORVAN (P)**, *Criminologie*, 3^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, 2019.
- MORVAN (P)**, *Criminologie*, 2^{ème} éd., Paris, Lexis Nexis, coll. Manuel, 2016.
- PIN (X)**, *Droit pénal général*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Le cour Dalloz, 2021.

PIN (X), *Droit pénal général*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, série Cours – Droit privé, 2020.

PRADEL (J), *Procédure pénale*, 19^{ème} éd., Paris, Cujas, 2017.

PRADEL (J), *Droit pénal général*, 20^{ème} éd., coll. Référence, Paris, Cujas, 2014.

RASSAT (M-L), *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., Paris, Ellipses, 2017.

SALVAGE (P), *Droit pénal général*, 8^{ème} éd., Grenoble, PU Grenoble, 2016.

TERRE (F), SIMLER (P), LEQUETTE (Y), CHENEDE (F), *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2018.

VOUIN (R), LEAUTE (J), *Droit pénal et criminologie*, Paris, PUF, 1960.

II. Ouvrages spéciaux

A. Thèses et monographies

ABDELLAOUI (S), *L'expertise psycholégale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, Paris, L'Harmattan, 2012.

ADDAD (M), BENEZECH (M), *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, Paris, 1978

ALIX (J), *Terrorisme et droit pénal : étude critique des incriminations terroristes*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2010.

ANCEL (M), *La Défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954.

ARCHER (F), *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, Paris, L'Harmattan, coll. Sciences Criminelles, 2003.

BEIGNER (B), *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ, 1995.

BERGEAUD (A), *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, 2010.

BINET (J-R), *Droit de la bioéthique*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2017.

BOBBIO (N), *Le sage et la politique, Ecrits moraux sur la vieillesse et la douceur*, Paris, Albin Michel, coll. Bibliothèque Idées », 2004.

CABON (S-M), *La négociation en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2016.

- CABRILLAC (R)**, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2016.
- CASSIN (B)**, *Derrière les grilles. Sortons du tout-évaluation*, Paris, Mille et une nuits, 2014.
- CARBONNIER (J)**, *De peu, de tout et de rien, Etudes offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981.
- CASTEL (R)**, *La gestion des risques. De l'antipsychiatrie à l'après psychanalyse*, Paris, Ed. de Minuit, 1981.
- COCHE (A)**, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, Etude de droit français, Aix-Marseille, PUF d'Aix-Marseille, 2005.
- CUSSON (M)**, *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, coll. Criminologie et droits de l'homme, 1987.
- DEBUYST (C)**, *Essai de criminologie clinique, Entre psychologie et justice pénale*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- DEFFERRARD (F)**, *Le suspect dans le procès pénal*, Paris, mare & marin, coll. Droit privé & sciences criminelles, 2016.
- DELGA (J)**, *Manuel de l'innocent, de l'atteinte à la présomption d'innocence*, Paris, ESKA, 2008.
- DELMAS-MARTY (M)**, *Les chemins de la répression*, Paris, PUF, 1980.
- DELMAS-MARTY (M)**, *Modèles et Mouvements de Politique Criminelle*, Paris, Economica, 1983.
- DERMARCHI (J-R)**, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 2012.
- DUBOIS (C)**, *Responsabilité civile et responsabilité pénale, À la recherche d'une cohérence perdue*, Paris, LGDJ, 2016.
- EKEU (J-P)**, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, Cujas, 1993.
- EMERY (M)**, *L'expert psychiatre et l'audience de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Thèse, Lyon 1, 2016.
- EXPOSITO (W)**, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, Thèse, Lyon III, 2005.
- FERRI (E)**, *La sociologie criminelle*, Paris, Dalloz, 2004 (1893), traduction de l'italien.

- FERRI (T)**, *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hypersurveillance*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- FLEDMAN (G)**, *25 questions décisives, La bioéthique*, Paris, Armand Colin, 2010.
- FOUCAULT (M)**, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- FOUCAULT (M)**, *Les Anormaux*, Paris, Cours au Collège de France du 29 janvier 1975, Seuil/Gallimard, 1999.
- FOUCAULT (M)**, *Les anormaux*, Cours au Collège de France, 1974-1975.
- GACHI (K)**, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012.
- GALLARDO (E)**, *La qualification pénale des faits*, Aix en Provence, PUAM, 2013.
- GALMARD (M-H)**, *Etat, société civile et loi pénale*, Aix-Marseille, PUAM, 2006.
- GARAUD (E)**, *Bien utiliser les articles 6 et 7 de la CEDH devant les tribunaux, Droit au procès équitable et principe de légalité*, Paris, Francis Lefebvre, 2016.
- GAROFALO (R)**, *La criminologie*, (traduction de l'italien), Paris, Alcan, 1888.
- GAUTIER (J-L)**, *Hospitalisation psychiatrique sous contrainte et droits fondamentaux*, Thèse, Aix en Provence, 2011.
- GREGOIRE (L)**, *Les mesures de sûreté, Essai sur l'autonomie d'une notion*, Institut Universitaire Varenne, 2015.
- GUILLON (J-B)**, *Le libre arbitre, Perspectives contemporaines*, Paris, Collège de France, coll. Philosophie de la connaissance, 2017.
- JOURDAIN (P)**, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Thèse, Paris II, 1982, p. 327.
- KHOSROKHABAR (F)**, *Radicalisation*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, 2014.
- LARRIEU (P)**, *Neurosciences et droit pénal, le cerveau dans le prétoire*, Paris, L'Harmattan, 2015.
- LECLERC (O)**, *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005.

- LEVY-BRUHL (H)**, *La preuve judiciaire*, Paris, M. Rivière, coll. Petite bibliographie sociologique internationale, 1964.
- LIANOS (M)**, *Le nouveau contrôle social. Toile institutionnelle, normative et lien social*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- LIEVAUX (C)**, *Réflexions autour de la pénalisation de l'activité médicale*, Lyon III, Université Jean Moulin, 29 novembre 2018.
- LOMBROSO (C)**, *L'anthropologie criminelle et ses récents progrès*, Paris, Alcan, 1890.
- LOMBROSO (C)**, *L'Homme criminel. Etude anthropologique et psychiatrique*. Paris, Alcan, 1887.
- MARCHAND (J)**, *Psychopathologie du terrorisme et de la radicalisation*, Thèse, Université de Lille, 3 février 2016.
- MATHIEU (B)**, *La bioéthique*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2009.
- MINIATO (L)**, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2008.
- ORTOLAN (J)**, *Eléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1863.
- PERRIER (J-B)**, *La transaction en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2014.
- PETIPERMON (F)**, *Le discernement en droit pénal*, Paris, LGDJ, 2017.
- PIGNATEL (L)**, *L'émergence d'un neurodroit, Contribution à l'étude de la relation entre les neurosciences et le droit*, Thèse, Aix-Marseille, 2019.
- PIN (X)**, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002.
- PINATEL (J)**, *Le phénomène criminel*, Paris, MA, 1987.
- PY (B)**, *Le secret professionnel*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- PONSEILLE (A)**, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, Thèse, Montpellier, 2001.
- REMY (D)**, *Légistique, L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994.
- RIPERT (G)**, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

ROUSSEAU (F), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009.

SALAS (D), *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, coll. Littératures, 2005.

SALEILLES (R), *L'individualisation de la peine, Etude de criminalité sociale*, Paris, PUF, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1898.

TOURNIER (C), *L'intime conviction du juge*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2003.

VAN DER KERCHOVE (M), *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009.

VAUTHIER (J-P), *Le psychiatre et la sanction pénale*, Université de Lorraine, 13 décembre 2013.

VILLEY (R), *Déontologie médicale*, Paris, Masson, 1982.

B. Ouvrages collectifs

ABDELLAOUI (S) (dir.), *L'expertise psycho-légale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, Paris, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2012.

ADDAD (M), BENEZECH (M) (dir.), *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, Paris, 1978.

ALIX (J), DARSONVILLE (A) (dir.), *Gravité et droit pénal, Actes du XXIVe Congrès de l'Association française de droit pénal*, Paris, mare & martin, coll. Droit privé & sciences criminelles, 2021.

ATLAN (H), AUGE (M), DELMAS-MARTY (M), DROIT (R-P), FRESCO (N) (dir.), *Le clonage humain*, Paris, Seuil, 1999.

BEAUVAIS (P), PARIZOT (R) (dir.), *Les transformations de la preuve pénale*, Paris, LGDJ, 2018.

BERNARD (D), LADD (K) (dir.), *Les sens de la peine*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2019.

BUI-XUAN (O) (dir.), *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, Institut Universitaire de Varenne, coll. Colloques & Essais, 2018.

CABRILLAC (R), FRISON-ROCHE (M-A), REVET (T) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2001.

CAHN (O), PARROT (K) (dir.), *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, Cergy pontoise, 12 mars 2012, Paris, L'extenso, coll. LEJEP, 2013.

CARTIER (E), GIAM (A), LEUZZI (C) (dir.), *Sexualité, autonomie et handicap : freins et perspectives*, Bordeaux, LEH Edition, coll. Actes et séminaires, 2018.

CERE (J-P), RASCAGNERES (J-M), VERGES (E) (dir.), *Droit pénal et nouvelles technologies, Actes du IIIème Congrès international du Comité international des pénalistes francophones à Andorre*, Paris, L'Harmattan, 2015.

CONTE (P), TZITZIS (S) (dir.), *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales pénales*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009.

DANTI-JUAN (M) (dir.), *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Paris, Cujas, 2006.

DANTI-JUAN (M) (dir.), *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, Paris, Cujas, 2013.

DECIMA (O) (dir.), *La qualification dans le procès pénal*, Paris, Cujas, 2013.

DELMAS-MARTY (M) (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1992.

DELMAS-MARTY (M), FOUCHARD (I), FRONZA (E), NEYRET (L) (dir.), *Le crime contre l'humanité*, 3^{ème} éd., Paris, Que sais-je ?, 2018.

GARAPON (A), SALAS (D) (dir.), *La justice et le mal*, Paris, O. Jacob, coll. Opus, 1997.

GIUDICELLI-DELAGE (G) (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé, Paris, 2006.

GIUDICELLI-DELAGE (G), LAZERGES (C) (dir.), *La dangerosité saisie par le droit*, Paris, PUF, 2011.

JACOPIN (S) (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale, Evolution ou révolution ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

JEAN (T) (dir.), *Faut-il punir les malades mentaux criminels ?*, Toulouse, érès, 2009.

KOUBI (G), HENNION-JACQUET (P), AZIMI (V) (dir.), *L'institution psychiatrique au prisme du droit, La folie entre administration et justice*, Paris, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2015.

LE BLANC (G), J. TERREL (dir.), *Foucault au collège de France, un itinéraire*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, coll. Histoire des pensées, 2003.

LEMONIER-LESAGE (V), LORMANT (F) (dir.), *Droit, histoire et société, Mélanges Dugas de la Boissonny*, Nancy, PUN, 2008.

LOPEZ (G), PORTELLI (S), CLEMENT (S) (dir.), *Les droits des victimes*, Droit, audition, expertise, clinique, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. Etats de droits, 2007.

Mélanges HUGUENEY (L), *Problèmes contemporains en procédure pénale*, Paris, Sirey, 1964.

Mélanges COUV RAT (P), *La sanction et le droit*, Paris, PUF, 2001.

Mélanges PRADEL (J), *Le droit à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Culas, 2006.

Mélanges GASSIN (R), *Sciences pénales et sciences criminologiques*, Aix en Provence, PUAM, 2007.

Mélanges BOULOC (B), *Les droits et le Droit*, Paris, Dalloz, 2007.

Mélanges BURGELIN (J-F), *Principe de justice*, Paris, Dalloz, 2008.

Mélanges LAZERGES (C), *Politique(s) criminelle(s)*, Paris, Dalloz, 2014.

Mélanges MAYAUD (Y), *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Paris, Dalloz, 2017.

OTTENHOF (R) (dir.), *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, Paris, érès, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001.

PUIGELIER (C) (dir.), *La preuve*, Paris, Economica, 2004.

RIBEYRE (C) (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal, nouvelles perspectives*, Paris, Cukas, 2012.

RIBEYRE (C) (dir.), *La victime de l'infraction*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2016.

VERGES (E), VIAL (G), LECLERC (O) (dir.), *Droit de la preuve*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2015.

III. Articles de doctrine, chroniques et notes de jurisprudence

A. Articles juridiques

AGRAPART (M), « La dangerosité criminologique : un concept à la mode », in *Peine Dangereuse, Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 301.

AGRAPART-DELMAS (M), « Les femmes criminelles », in *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales pénales*, (dir.) P. CONTE, S. TZITZIS, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 185

ALCARAZ (H), « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », RSC 2002, p. 263.

ALLAIN (E), « La tentation du déterminisme », AJ pén. 2014, p. 497.

ALLAIN (E), « La reine des preuves », AJ pén. 2015, p. 57.

ALIX (J), « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in *La dangerosité saisie par le droit*, G. GIUDICELLI-DELAGZ, C. LAZERGES (dir.), Paris, PUF, 2011, p. 51.

ALIX (J), « Radicalisation et droit pénal », RSC 2020, p. 769.

ALT-MAES (F), « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », RSC 2002, p. 501.

ALVAREZ (J), « Vers une « nouvelle pénologie » en matière d'infractions sexuelles ? », in *Le renouveau de la sanction pénale, Evolution ou révolution ?*, S. JACOPIN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 225.

AMBROISE-CASTEROT (C), « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », *in Mélanges Pierre Julien*, Paris, Edilax, 2003, p. 9.

AMBROISE-CASTEROT (C), « Recherche et administration de la preuve en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité », *AJ pén.* 2005, p. 261.

AMBROISE-CASTEROT (C), « Le consentement en procédure pénale », *in Mélanges en l'honneur de Jean Pradel, Le droit à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 29.

AMBROISE-CASTEROT (C), « La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne », *RDSS* 2008, p. 66.

AMBROISE-CASTEROT (C), « Des contradictions dans le contradictoire en matière d'expertise pénale », *in Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 23.

AMBROISE-CATEROT (C), « Aveu », *Rép. Pén. Dalloz*, septembre 2014.

ARCHER (E), « Le traitement psychiatrique des auteurs d'agressions sexuelles », *Jéricho* (bulletin de l'Association nationale des visiteurs de prison), 1999, n° 179, p. 9.

ASCENSI (L), « Conditions de la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Cour de cassation, crim., 3 mars 2010 », *AJ pén.* 2010, p. 348.

ATLAN (H), « Possibilités biologiques, impossibilités sociales », *in Le clonage humain*, H. ATLAN, M. AUGÉ, M. DELMAS-MARTY, R-P DROIT, N. FRESCO (dir.), Paris, Seuil, 1999, p. 23.

AUBERT (A), COUDRET (E), « Prédicibilité du comportement : neurosciences et neuro-mythes », *AJ pén.* 2012, p. 80.

BARON LAFORET (S), CASANOVA (A), « L'expertise et l'évaluation de la dangerosité pour la JRSS rétention de sûreté », *AJ pén.* 2014, p. 111.

BEAUSSONIE (G), « Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RSC* 2014, p. 809.

BEAUSSONIE (G), « Une goutte de sûreté dans un océan de sécurité », *D.* 2020, p. 1869.

BENHAMOU (Y), « Réflexions sur l'inflation législative », *D.* 2010, p. 2303.

BLANC (A), « Le juge et l'expert psychiatre : qui dit et qui fait quoi ?, *AJ pén.* 2014, p. 514.

BOIVIN (R), « Cinquante années d'étude du crime dans la revue Criminologie », *Revue Criminologie* (Montréal), 2018, vol. 51, p. 231.

BONFILS (P), « Le discernement en droit pénal », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales et sciences criminologiques*, Aix en Provence, PUAM, 2007, p. 97.

BONFILS (P), « 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 », *RSC* 2008, p. 392.

BONIS-GARCON (E), « Troubles psychiques, malades mentaux », *Rép. Dr. Pén. Proc. Pén.*, avril 2013 (actualisation. Octobre 2014), n° 79.

BONIS (E), DERASSE (N), « Pour une révision des aménagements des longues peines », *AJ pén.* 2021, p. 250.

BOSSAN (J), « Le médecin indiscret », in *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, M. DANTI-JUAN (dir.), Paris, Cujas, 2013, p. 53.

BOULOC (B), « Faute médicale. Causalité directe », *RSC* 2003, p. 326.

BOULOC (B), « La preuve en matière pénale », in *La preuve*, (dir.) C. PUIGELIER, Paris, Economica, 2004, p. 44.

BOUVET (R) ABONDO (M), « Mission et statut du médecin coordonnateur dans l'injonction de soins. Bilan et perspectives quinze ans après la loi du 17 juin 1998 », *AJ pén.* 2014, p. 275.

BOUZAT (P), « La loyauté dans la recherche des preuves » in *Mélanges L. HUGUENEY, Problèmes contemporains en procédure pénale*, Paris, Sirey, 1964, p. 172.

BOUZAT (P), « Traitements nouveaux de la délinquance sexuelle », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II*, Paris, A. Pedone, 1975, p. 90.

BRAUNSTEIN (J-F), « Une vision médicale du monde. Le « cas » Lombroso », *Archives de philosophie* 2010, t. 73, vol. 4, p. 631.

BURGORGUE-LARSEN (L), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2017, p. 1768.

BYK (C), « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social ? », *RDSS*, 2012, p. 800.

BYK (C), « Responsabilité et dangerosité à l'aune des neurosciences », *Rev. Pénit. Dr. pén.*, p. 325.

CABRILLAC (R), « Le corps humain », in *Libertés et droits fondamentaux*, 7^{ème} éd., R. CABRILLAC, M-A FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), Paris, Dalloz, 2001, p. 149.

CAHN (O), « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, O. CAHN, K. PARROT (dir.), Paris, L'extenso, coll. LEJEP, 2013, p. 19.

CAILLOUX (J-C), GAUMONT-PRAT (H), « Droits et libertés corporels », *D.* 2012, p. 308.

CANIVET (G), « De la délicatesse du juriste, éloge d'une pratique désirable », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 14.

CASADAMONT (G), « Aux assises : l'impasse d'aveu », *RSC* 2013, p. 691.

CASILE-HUGUES (G), « La médicalisation de la répression dans la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Gaz. Pal.* Mai-juin 2008, p. 1466.

CASILE-HUHUES (G), « Le caractère fondamental de l'expertise dans l'injonction de soins », *Rev. pénit.* 2010, p. 307.

CASILE-HUGUES (G), « La responsabilité pénale à la lumière des neurosciences », *Rép. Dr. pén. et proc. pén.* 2012, p. 9.

CASORLA (F), « La victime et le juge pénal », *RPDP*, 2003, p. 643.

CASSUTO (T), « Réflexions sur la pratique de la responsabilité médicale en matière pénale », *AJ pén.* 2009, p. 337.

CASTAIGNEDE (J), « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999, p. 23.

CAYLA (J-S), « L'injonction de soins dans le suivi socio-judiciaire », *RDSS* 1998, p. 751.

CERE (J-P), « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ pén.* 2008, p. 220.

CERE (J-P), « Le détenu malade : le traitement du droit européen », *AJ pén.* 2010, p. 325.

CHASSAGNARD-PINET (S), « Le consentement de la personne en situation de handicap mental à la contraception », in *Sexualités, autonomie et handicap : freins et perspectives*, E. CARTIER, A. GIAM, C. LEUZZI (dir.), Bordeaux, LEH Edition, coll. Actes et séminaires, 2018.

CHENIVESSE (P), « Folie et (ir)responsabilité », in *L'institution psychiatrique au prisme du droit, La folie entre administration et justice*, (dir.) G. KOUBI, P. HENNION-JACQUET, V. AZIMI, Paris, ed. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2015, p. 114.

CHOPIN (F), « Les nouvelles orientations des soins dans la loi sur la rétention de sûreté », RSC 2010, p. 31.

CID (J), « L'emprisonnement est-il criminogène ?, AJ pén. 2011, p. 392.

CLEMENT (E), « Loi responsabilité pénale et sécurité intérieure : tu ne t'intoxiqueras point », D. actu. 7 février 2022.

COCHE (A), « Quand les experts psychiatres et psychologues condamnent l'accusé », AJ pén. 2014, p. 504.

COEURET (A), « 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 », RTD civ. 1990, p. 704.

COFFIN (J-C), « Lombroso et les paradoxes de sa science criminelle », in *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales et pénales*, (dir.) P. CONTE, S. TZITZIS, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 115.

CONTI (B), « Une radicalisation religieuse ? Politique, religion et subjectivité dans les processus de radicalisation », in *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, O. BUI-XUAN (dir.), Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2018, p. 43.

CORDIER (B), « La dangerosité vue par le psychiatre », in *Peine Dangerosité, Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 309.

COUTURIER (M), « La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? », RDSS 2014, p. 120.

COUVRAT (P), « Les trois visages du travail d'intérêt général », RSC 1989, p. 159.

COUVRAT (P), « Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique », RSC 1998, p. 374.

COUVRAT (P), « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », RSC 1999, p. 376.

CRETTEZ (X), « Penser la radicalisation, une sociologie processuelle des variables de l'engagement violent », *Revue française de science politique*, 2016, vol. 66, p. 711.

DANET (J), « Le FNAEG au Conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale », *AJ pén.* 2010, p. 545.

DANET (J), « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », RSC 2010, p. 60.

DANET (J), « Le nouvel alinéa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJ pén.* 2011, p. 331.

DANJAUME (G), « Le principe de liberté de la preuve en procédure pénale », *D.* 1996, chron., p. 153.

DANTI-JUAN (M), « Le consentement et la sanction », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 375.

DARBEDA (P), « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », RSC 2001, p. 625.

DARBEDA (P), « Michel David, *L'expertise psychiatrique pénale*, Paris, L'Harmattan, coll. « Psychologiques », 2006, 237 pages », RSC 2007, p. 930.

DARSONVILLE (A), « La liberté dans la production de la preuve », *Dalloz actualité*, 7 janvier 2009.

DARSONVILLE (A), « L'élaboration de la loi pénale sous l'influence des citoyens », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 148.

DARSONVILLE (A), « Les sanctions pénales » in *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, O. CAHN, K. PARROT (dir.), Paris, L'extenso, coll. LEJEP, 2013, p. 97.

DARSONVILLE (A), « Les examens et prélèvements à finalité judiciaire », *Dr. fam.* Juin 2018, p. 35.

DECIMA (O), « Les « droit du genre humain » dans l'enquête pénale », *RSC* 2015, p. 287.

DECIMA (O), « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », *D.* 2018, p. 103.

DE CROUY-CHANEL (M), NOEL (E), SANNIER (O), « Les aménagements de peine pour raison médicale », *AJ pén.* 2010, p. 318.

DELAGE (P-J), « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797.

DELAGE (P-J), « Le péril jeune », *D.* 2008, p. 1837.

DELAGE (P-J), « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale », *RSC* 2009, p. 69.

DELAGE (P-J), « Le « laisser faire » de l'autorité publique et le principe de loyauté de la preuve », *RSC* 2018, p. 117.

DELMAS-MARTY (M), « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *RSC* 2012, p. 495.

DELMAS-MARTY (M), « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIXe au XXIe siècle », *RSC* 2010, p. 5.

DELMAS-MARTY (M), « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *RSC* 1994, p. 477.

DESFORGES (Y), « L'évolution de l'administration de la preuve face aux défis scientifiques », *AJ pén.* 2014, p. 56.

DESMOULIN-CANSELIER (S), « Usages et interprétations judiciaires des images cérébrales », *RSC* 2018, p. 343.

DESPREZ (F), « Le droit de ne pas s'auto-incriminer, entre nécessité de garanties entourant l'aveu et impératifs liés à l'efficacité judiciaire », in *Politiques criminelles, Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 569.

DETRAZ (S), « Rétroactivité de la peine de contrainte pénale », *D.* 2015, p. 1307.

DETRAZ (S), « Le nouveau sursis probatoire créé par la loi du 23 mars 2019 », *Gaz. Pal.* 19 novembre 2019, n° 40, p. 71.

D’HAUTEVILLE (A), « Le point de vue des victimes dans le procès pénal : quel équilibre ? », in *Politiques criminelles, Mélanges en l’honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 649.

DORSNER-DOLIVET (A), « De l’interdiction du clonage à la réification de l’être humain », JCP 2004, I, p. 172.

DOZOIS (J), LALONDE (M), POUPART (J), « La dangerosité, un dilemme sans issue ? », *Déviance et Société*, 1981, 5, p. 383.

FOUCAULT (M), « La vérité et les formes juridiques », in *Dits et Ecrits*, vol. 1, Paris, Quarto, 2001, p. 1460.

FOURMENT (F), « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », D. 2011, p. 562.

FOURMENT (F), « L’injonction de soins s’impose parfois aussi au médecin », *Gaz. Pal.* 4 février 2020, n° 5, p. 69.

FOURNIE (F), « Faut-il garder le silence ? », D. 2010, p. 1850.

FOURNIE (F), « Aime la vérité, mais pardonne l’erreur », *AJ pén.* 2011, p. 326.

FRANCOIS (J), « Aveu, vérité, justice et subjectivité. Autour d’un enseignement de M. Foucault », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 1981, p. 182.

FUCINI (S), « Affaire Sarah Halimi : déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *D. actu.* 3 février 2020.

GALLOIS (J), GOUDJIL (S), MAJORCZYK (M), OUDAUD (A), PIGNATEL (L), « L’effet thérapeutique du procès pénal », in *La victime de l’infraction* (dir.) C. RIBEYRE, Paris, Dalloz, coll. *Thèmes & Commentaires*, 2016, p. 157.

GARCON (E), « Entre confiance et défiance à l’égard du juge pénal. Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 », JCP 2007, I, 196.

GASSIN (R), « L’influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d’études en hommage à Marc ANCEL, t. II*, Paris, A. Pedone, 1975, p. 7.

GASSIN (R), « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », RSC 1996, p. 155.

GASSIN (R), « A propos d'une première histoire de la criminologie française », RSC 1997, p. 899.

GAUTRON (V), « De la société de surveillance à la rétention de sûreté », AJ pén. 2009, p. 53.

GAUTRON (V), « FNAEG : l'inertie gouvernementale sanctionnée par la CEH », AJ pén. 2017, p. 391.

GIACOPELLI (M), « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », AJ pén., octobre 2014, p. 448.

GHESTIN (J), « La notion de contrat », D. 1990, p. 147.

GIRAULT (C), « Faut-il légiférer sur le portrait-robot génétique ? », AJ pén. 2018, p. 63.

GIRAULT (C), « La protection de la personne en son corps en droit pénal », Dr. fam. Juin 2018, p. 13.

GIRAULT (C), DANET (J), « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au portrait-robot génétique (mais approximatif) validé », AJ pén. 2014, p. 487.

GIUDICELLI (A), « Témoignage sous hypnose ou expertise hypnotique », RSC 2001, p. 610.

GIUDICELLI (A), « Sur la distinction du prélèvement et de l'analyse concernant les empreintes génétiques », RSC 2001, p. 607.

GIUDICELLI-DELAGE (G), « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », RSC 1996, p. 13.

GIUDICELLI-DELAGE (G), « Droit pénal de la dangerosité ; Droit pénal de l'ennemi », RSC 2010, p. 69.

GKOTSI (G-M), « Une « neuro-jurisprudence » émergente : quelques cas en Europe et aux Etats Unis », in *Droit pénal et nouvelles technologies*, J-P CERE, J-M RASCAGNERES, E. VERGES (dir.), Actes du IIIème Congrès international du Comité international des pénalistes francophones à Andorre, Paris, L'Harmattan, 2015.

GRAMATICA (F), « La notion de « responsabilité » dans le système de défense sociale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II*, Paris, A. Pedone, 1975, p. 111.

GOETZ (D), « Libération conditionnelle, suspension de peine pour raison médicale et période de sûreté : quelle articulation ? », D. actu. 11 mars 2021.

GRECIANO (M-C), « Présentation de la législation en matière génétique », AJ pén. 2018, p. 60.

GRUBIN (D), « L'utilisation de médicaments pour traiter de la délinquance sexuelle », AJ pén. 2012, p. 622.

GUILLAUME (Y), « Une offre de soin pour quel suivi ? », AJ pén. 2009, p. 62.

HABOUZIT (F), « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », RSC 2017, p. 587.

HABOUZIT (F), « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire (suite) : Existe-t-il un statut *sui generis* des personnes « radicalisées » ? », RSC 2018, p. 541.

HADOUIN (F), GOLSE (A), PLICHART (P), « L'expertise de parricide : un art difficile entre mobile, sens et fonction », in *L'expertise psycho-légale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, (dir.) S. ABDELLAOUI, Paris, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2012, p. 80.

HAUSER (J), LEMOULANT (J-J), « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Dr. civ., D. 2005 (actualisation : juin 2016), n° 92.

HENNION-JACQUET (P), « L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme », D. 2005, p. 2575.

HERZOG-EVANS (M), « La confirmation de la suspension médicale de la peine de M. Papon », D. 2003, p. 1065.

HERZOG-EVANS (M), « Suspension médicale de peine : la mort doit survenir à court terme », AJ pén. 2005, p. 461.

HERZOG-EVANS (M), « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-15649 du 12 décembre 2005 », D. 2006, p. 182.

HERZOG-EVANS (M), « La loi n'oblige pas à rechercher si la suspension médicale présente un risque pour l'ordre public – Cour de cassation, crim. 15 mars 2006 », AJ pén. 2006, p. 273.

HERZOG-EVANS (M), « La loi relative à la prévention de la délinquance et l'exécution des peines », D. 2007, p. 2174.

HERZOG-EVANS (M), « Détenue malade : la libération conditionnelle relai utile de la suspension de peine ? Arrêt rendu par le Tribunal de l'application des peines d'Arras », AJ pén. 2007, p. 40.

HERZOG-EVANS (M), « Lorsque le juge doit se fonder sur des expertises incohérentes – Cour de cassation, crim. 27 juin 2007 », AJ pén. 2007, p. 494.

HERZOG-EVANS (M), « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté », D. 2008, p. 3098.

HERZOG-EVANS (M), « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », D. 2010, p. 1428.

HEUYER (G), « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, Le point de vue de la médecine psychiatrique », RSC 1964, p. 737.

JACOPIN (S), « La dangerosité saisie par le droit pénal », in *Peine Dangerosité Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 226.

JAKOBS (G), « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », RSC 2009, p. 7.

JANUEL (P), « Affaire *Halimi* : les députés avancent sur l'irresponsabilité pénale », D. actu. 1^{er} juillet 2021.

JAULT-SESEKE (F), « La constitutionnalité du recours aux tests osseux », Rev. crit. DIP 2019, p. 972.

JUNG (H), « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? », RSC 1991, p. 526.

JUSSEAUME (P), « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites ... », AJ pén. 2012, p. 70.

JUSTON (R), « Devenir expert, rester médecin ? Les effets de la spécialité médicale sur l'exercice de la médecine légale », Sociologie du travail, Vol. 60, n°3, juillet-septembre 2018.

KOERING-JOULING (R), « Droit de se taire et de ne pas s'incriminer soi-même », RSC 1997, p. 476.

LACASSAGNE (A), « Des transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale de 1810 à 1912 », *Archives d'anthropologie criminelle de médecine légale et de psychologie normale et pathologique* 1913, p. 321.

LAINGUI (A), « L'Homme criminel dans l'Ancien Droit », RSC 1983, p. 15.

LAMEYRE (X), « Pour une éthique des soins pénalement obligés », RSC 2001, p. 521.

LAMEYRE (X), « Des infractions sexuelles. Les mots du droit pénal français pour dire ces maux », in *Psychopathologie et traitements actuels des auteurs d'agression sexuelle*, Paris, éd. John Libbey, Fédération française de psychiatrie, 2001, p. 33.

LAMEYRE (X), « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », RSC 2002, p. 547.

LAMEYRE (X), « Pour une « poétique » des soins pénalement ordonnés », *Cahiers de la justice*, 2008, p. 71.

LAMEYRE (X), « Les dangers de la notion de dangerosité », in *Peine Dangerosité Quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 313.

LANGER (M), « La portée des catégories accusatoire et inquisitoire », RSC 2014, p. 707.

LARREGUE (J), « Le neurodroit peut-il faire mentir notre philosophie du droit ? », *AJ pén.* 2018, p. 186

LARRIEU (P), « La réception des neurosciences par le droit », *AJ pén.* 2011, p. 231.

LAUDE (A), LAGARDE (T), « Utilisation des neurosciences par le juge, l'avocat et l'expert : perspective historique », in *Le cerveau et loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique, séminaire du 11 septembre 2012, p. 15.

LANTERI- LAURA (G), « Pathologie mentale et droit pénal : un regard rétrospectif », in *Faut-il punir les malades mentaux criminels ?*, T. JEAN (dir.), Toulouse, érès, 2009, p. 68.

LAVIELLE (B), « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », RSC 1999, p. 35.

LAZERGES (C), « Le renforcement de la présomption d'innocence et des droits des victimes ; histoire d'une navette parlementaire », RSC 2001, p. 7.

LAZERGES (C), « Introduction », in *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, R. Ottenhof (dir.), Paris, érès, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 195.

LAZERGES (C), « La dérive de la procédure pénale », RSC 2003, p. 644.

LAZERGES (C), « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM), RSC 2006, p. 183.

LAZERGES (C), « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », RSC 2008, p. 731.

LAZERGES (C), « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel » in *La dangerosité saisie par le droit*, G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), Paris, PUF, 2011, p. 80.

LEAUTE (J), « Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale », D. 1981, chron. 295.

LECLERC (H), « Le doute, devoir du juge », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 49.

LECLERC (H), « Les malades mentaux doivent-ils être jugés par les médecins ? », in *Faut-il punir les malades mentaux criminels ?*, T. Jean (dir.), Toulouse, érès, 2009, p. 141.

LE MONNIER DE GOUVILLE (P), « Le principe de nécessité en droit pénal », Les Cahiers de la Justice, 10 septembre 2014, p. 495.

LEPOUTRE (J), « Nationalité par filiation et convention de mère porteuse », AJDA, 2015, p. 357.

LEROY (A), « Un temps pour condamner, un temps pour laisser souffrir, un temps pour en sortir ? », in *Les sens de la peine*, D. Bernard, K. Ladd (dir.), Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2019, p. 193.

LEROYER (A-M), « Embryon-Recherche-Cellules souches », RTD civ. 2013, p.895.

LETURMY (L), « De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès pénal : quelques remarques générales sur l'expertise pénale », *AJ pén.* 2006, p. 58.

LETURMY (L), « Justice pénale et urgences médico légales », *RDSS*, 2007, p. 436.

LETURMY (L), « Les nouveaux liens entre substances psychoactives, perte du discernement et responsabilité pénale », *AJ pén.* 2022, p. 135.

LEVASSEUR (G), « Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la Défense sociale nouvelle », *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II, Paris, A. Pedone, 1975*, p. 39.

LEVASSEUR (G), « L'imputabilité en droit pénal », *RSC* 1983, p. 12.

LEVASSEUR (G), « L'influence de Marc Ancel sur la législation française contemporaine », *RSC* 1991, p. 9.

MANZANERA (C), SENON (J-L), « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ pén.* 2008, p. 176.

MANZANERA (C), SENON (J-L), « L'expertise psychiatrique pénale : questionnements après l'audition publique de la haute autorité de santé », in *L'expertise psycho-légale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, (dir.) S. ABDELLAOUI, Paris, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2012, p. 167.

MASCALA (C), « Rapport de synthèse », in *Le renouveau de la sanction pénale, Evolution ou révolution ?*, S. Jacopin (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 281.

MATSOPOULOU (H), « L'oubli en droit pénal », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 771.

MATSOPOULOU (H), « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007, p. 1607.

MARIE (C), « Détermination de la minorité : rappel bienvenu par la Cour de cassation des modalités de recours aux examens osseux et de la portée de leurs conclusions », *La lettre juridique* n° 811, 30 janvier 2020 : Droit pénal des mineurs.

MARTINELLE (M), « L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires », *AJ pén.* 2018, p. 69.

MAYAUD (Y), « Confirmation de la causalité directe en termes de paramètre « déterminant » », RSC 2003, p. 330.

MAYAUD (Y), « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », AJ pén. 2004, p. 303.

MAYAUD (Y), « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 du 21 février 2008 », D. 2008, p. 1359.

MAYER (D), CHASSAING (J-F), « Y-a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », D. 2001, p. 1340.

MERLE (R), « De Zola à Lombroso », RSC 1964, p. 109.

MERLE (R), « Le corps humain, la justice pénale et les experts », JCP 1995, I, p. 1219.

MESA (R), « L'étrange régime répressif de l'anormal mental », Gaz. Pal. 6 novembre 2014, p. 3539.

MIANSONI (C), « L'expertise pénale en enquête préliminaire et de flagrance. Le procureur de la République prescripteur d'expertise », AJ pén. 2001, p. 564.

MICHAUD-NERARD (T), « Le problèmes de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux « déclarés déments » », Gaz. Pal., 30 juin 2009, n° 181, p. 2.

MIRKOVIC (A), « La ratification (enfin !), de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », D. 2012, p. 110.

MISTRETTA (P), « La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000. Evolution ou révolution ? », JCP G 2002, I, 149.

MISTRETTA (P), « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », JCP 2008, actu. 145.

MISTRETTA (P), « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », RIDP, 2011, vol. 82, p. 19.

MISTRETTA (P), « Ne pas confondre injonction thérapeutique et thérapie suivie par un psychiatre », RSC 2016, p. 349.

MISTRETTA (P), W. LEVI-FAICT (T), « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », Gaz. Pal. 5 février 2019, n° 05, p. 84.

MOLINA (E), « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », RSC 2002, p. 263.

MORLET-HAIDARA (L), « L'indépendance de l'expert judiciaire en question », D. 2008, p. 2635.

MOUTOUH (H), « La santé d'une personne privée de liberté est un facteur à prendre en compte dans les modalités de l'exécution de sa peine d'emprisonnement », D. 2003, p. 303.

MUCCHIELLI (J), « Une « nouvelle criminologie » française ? Pourquoi et pour qui ? », RSC 2008, p. 795.

MUCCHIELLI (J), « QPC sur les tests osseux : « L'idée est de créer une présomption de minorité », Dalloz actu. 13 mars 2019.

MUCCHIELLI (J), « Affaire *Sarah Halimi* : cannabis, meurtre antisémite et irresponsabilité pénale », D. actu. 30 décembre 2019.

M-YATES (P), « Les insuffisances du traitement des délinquants sexuels », AJ pén. 2017, p. 272.

NERSON (R), « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit de la famille », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 431.

NEYRET (R), « La transformation du crime contre l'humanité », in *Le crime contre l'humanité*, 3^{ème} éd., M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA, L. NEYRET (dir.), Paris, Que sais-je ?, 2018, p. 80.

NICOLAS-GRECIANO (M), « Présentation de la législation en matière génétique », AJ pén. 2018, p. 60.

NORMANDEAU (A), « Tony Ferri, *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hypersurveillance* », RSC 2013, p. 491.

OULLIER (O), SAUNERON (S), « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », Centre d'analyse stratégique, 2012, Note d'analyse 282.

PANNIER (J), « La condamnation d'une personne pour refus de communication de documents en matière de réglementation des changes est-elle conforme à la Convention européenne des droits de l'homme ? », D. 1993, p. 457.

PARINET (P), « La constitutionnalité des tests osseux : pas de printemps pour les mineurs non accompagnés ! », D. 2019, p. 742.

PARIZOT (R), « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2011, p. 100.

PARIZOT (R), DETRAZ (S), « Le choix de la qualification », in *La qualification dans le procès pénal*, O. DECIMA (dir.), Paris, Cujas, 2013, p. 51.

PARIZOT (R), « L'anticipation de la répression », in *Actes de la journée d'études radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, O. CAHN, K. PARROT (dir.), Paris, L'extenso, coll. LEJEP, 2013, p. 127.

PARIZOT (R), « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Dalloz, 2014, p. 245.

PASTOR (J-M), « Le projet de loi Responsabilité pénale adopté définitivement », AJDA 2021, p. 2494.

PEIS-HITIER (M-P), « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », D. 2005, p. 865.

PELLE (S), « De la responsabilité pénale, du trouble mental et de quelques autres dispositions en matière de sécurité intérieure », D. 2022, p. 519.

PERRIER (J-B), « L'adaptation des incriminations », RSC 2017, p. 373.

PERRIER (J-B), « Le fair-play de la preuve pénale », AJ pén. 2017, p. 436.

PERRIER (J-B), « La réforme du droit de la peine : tout changer pour que rien ne change », D. 2019, p. 449.

PERRIER (J-B), « Gravité de dangerosité », in *Gravité et droit pénal, Actes du XXIV^e congrès de l'Association Française de Droit pénal*, J. ALIX, A. DARSONVILLE (dir.), Paris, mare & martin, coll. Droit privé & sciences criminelles, 2021, p. 127..

PIN (X), « La privatisation du procès pénal », RSC 2002, p. 245.

PIN (X), « La participation consensuelle », in *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, M. DANTI-JUAN (dir.), Paris, Cujas, 2006, p. 28.

PIN (X), « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in *La cohérence des châtiments*, Paris, Dalloz, 2012, p. 81.

PINATEL (J), « L'œuvre de Marc Ancel en matière de prophylaxie criminelle », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II*, Paris, A. Pedone, 1975, p. 70

PIOT (P), « Publicité et procès pénal », *AJ pén.* 2007, p. 18.

PONCELA (P), « Eclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 15.

PONCELA (P), « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in *Les nouvelles Figures de la dangerosité*, P. MBANZOULOU (dir.), Paris, l'Harmattan, 2008, p. 111.

PONCELLA (P), « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2008 », *RSC* 2014, p. 611.

PONSEILLE (A), « La faute caractérisée en droit pénal », *RSC* 2003, p. 79.

PORCHER (R), « Le consentement en droit médical », in *Le consentement, Actes du colloque de l'Ecole doctorale 461*, Montpellier, Droit & Science politique, Ecole doctorale 461, p. 115.

POULY (C), « La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle exigence constitutionnelle », *Constitutions* 2019, p. 261.

PRADEL (J), « Le consensualisme en droit pénal comparé » in *Mélanges en l'honneur d'E. Correia*, Université de Coïmbra, 1988, p. 5.

PRADEL (J), « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000.

PRADEL (J), « Un législateur bien imprudent. A propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *JCP* 2014, 952.

PROTHAIS (A), « La loi du 30 juin 1838 à l'aune du droit pénal », *D.* 1990, p. 51.

PUIGELIER (C), **SAINT-ROSE (J)**, « *Le mensonge en science et en droit* », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Paris, Dalloz, 2017, p. 136.

PY (B), « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ pén.* 2004, p. 133.

PY (B), « Le secret professionnel : une obligation de se taire », JA 2008, n° 386, p. 12.

PY (B), « Le secret professionnel : une obligation de parler », JA 2008, n° 386, p. 15.

PY (B), « Le Code de la santé publique dans le temps et l'espace », in *Droit, histoire et société, Mélanges Dugas de la Boissonny*, V. LEMONNIER-LESAGE, F. LORMANT (dir.), Nancy, PUN, 2008, p. 169.

PY (B), « Le secret professionnel et le signalement de la maltraitance sexuelle. L'option de conscience : un choix éthique », *Archives de Politique criminelle*, n° 34, septembre 2012, pp. 71-83.

PY (B), « Secret professionnel : partager n'est pas signaler, Cour de cassation, crim. 8 juin 2021, AJ pén. 2021, p. 421.

RAZAC (O), « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des « nouvelles mesures de sûreté » », AJ pén. 2008, p. 223.

RAZAC (O), « La critique de l'expertise psychiatrique chez Foucault », in *L'expertise psycholégale, Enjeux, réalités et nouvelles perspectives*, (dir.) S. ABDELLAOUI, Paris, L'Harmattan, coll. Criminologie, 2012, p. 60.

RENUCCI (J-F), « Le principe de loyauté des preuves », RSC 2006, p. 879.

REZNIKOFF (I), « Le déterminisme et le libre arbitre aujourd'hui », in *Le libre arbitre est la condition même de la certitude, Jules Lesquier (1814-1862)*, Paris, PUF Paris Nanterre, 2016, p. 281.

RIBEYRE (C), « Le contradictoire dans l'instruction préparatoire », in *Le contradictoire dans le procès pénal, nouvelles perspectives*, (dir.) C. RIBEYRE, Paris, Cujas, 2012, p. 87.

RICOEUR (P), « Autonomie et vulnérabilité », in *La justice et le mal*, A. GARAPON, D. SALAS (dir.), Paris, O. Jacob, coll. Opus, 1997, p. 166.

ROBERT (J-H), REGNIAULT (A), « Les effets indésirables des médicaments : information et responsabilités », D. 2004, p. 510.

ROBERT (J-H), « Les murailles de silicium. Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », Dr. pén. février 2006, Etude 2.

ROBERT (A-G), « Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », RSC 2010, p. 929.

ROETS (D), « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », AJ pén. 2008, p. 119.

ROETS (D), « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », D. 2008, p. 1840

ROTMAN (E), « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II, Paris, A. Pedone, 1975, p. 171.*

ROUJOU DE BOUBEE (G), « Les rétentions de sûreté », D. 2008, p. 464.

ROUSSEAU (F), « Dangerosité et sanction pénale », *in Peine, dangerosité, quelles certitudes ?*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2010, p. 265.

ROUSSEAU (F), « Le principe de nécessité, Aux frontières du droit de punir ». RSC 2015, p. 257.

SAAS (C), « La radicalisation religieuse saisie par le droit pénal. Quel modèle de politique criminelle ? », *in La radicalisation religieuse saisie par le droit*, O. BUI-XUAN (dir.), Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2018, p. 94.

SAAS (C), « Radicalisation : répression et « sécurisation », AJ pén. 2018, p. 116.

SAINTE-ROSE (J), « Le juge face à la science », *in Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 346.

SAISON (J), « Les avancées du progrès médical confrontées au droit, à propos de la XENnotransplantation », *Revue internationale de sémiotique juridique* 2004, vol. 17, p. 419.

SAISON (J), « Le donneur vivant », AJDA 2015, p. 563.

SAISON (J), « Une nouvelle étape pour le prélèvement d'organes et de cellules sur donneur vivant », RDSS 2021, p. 810.

SAISON (J), « Responsabilité médicale », *Revue générale de droit médicale* 2021, vol. 79, p. 237.

SALAS (D), « La trace et la dette. Les victimes. A propos de la réparation », RSC 1996, p. 619.

SALAS (D), « Une relecture de l'individualisation de la peine », in *L'individualisation de la peine*, R. OTTEDNHOF (dir.), Paris, Erès, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 201.

SALAS (D), « Pourquoi punir ? », in *Faut-il punir les malades mentaux criminels ?*, T. JEAN (dir.), Toulouse, érès, 2009, p. 20.

SALVAGE (P), « Le consentement en droit pénal », RSC 1991, p. 699.

SALVAGE (P), « Les soins obligatoires en matière pénale », JCP. 1997, I, 4062.

SALVAGE (P), « La grande délinquance est-elle une maladie ? », Rev. Dr. pén., février 2010, p. 5.

SANNIER (O), MANAOUIL (C), « Est-ce que le secret médical est la clé de voûte du respect de l'éthique médicale en prison ? », *Ethique & Santé*, décembre 2008, p. 203.

SENNA (E), « Premières réflexions sur les adaptations du régime de sûreté des condamnés criminels dangereux », AJ pén. 2008, p. 223.

SENON (J-L), MANZANERA (C), « Psychiatrie et justice pénale : à la difficile recherche d'un équilibre entre soigner et punir », AJ pén. 2005, p. 354.

SENON (J-L), MANZANERA (C), « L'expertise psychiatrique pénale : les données d'un débat », AJ pén. 2006, p. 66.

SENON (J-L), « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », AJ pén. 2007, p. 367.

SENON (J-L), « Un bilan en demi-teinte de l'interface santé justice », AJ pén. 2009, p. 64.

SIMART (O), « La lecture et l'exploitation du rapport d'expertise criminalistique par le juge d'instruction », AJ pén. 2011, p. 552.

SORDINO (M-C), « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience ... ? », AJ pén. 2014, p. 58.

SUPIOT (E), « Empreintes génétiques et droit pénal », RSC 2015, p. 827.

TCHERKESSOF (P), « Récidive : soigner ou punir ? Introduction à la thématique », in *Incriminer et protéger*, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2014, p. 7.

TELLIER-CAYROL (V), « La récidive : de quelques paradoxes et incohérences », *AJ pén.* 2012, p. 64.

TILLET (E), « Histoire des doctrines pénales », *Rép. Pén.* Dalloz, juin 2002.

THIERRY (D), « La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *RDSS* 2012, p. 839.

THOUVENIN (D), « La recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires : interdiction avec dérogations ou autorisations sous conditions », *RDSS* 2014, p. 283.

TULKENS (V-F), « Les voies du droit », in *Procédures pénales d'Europe*, M. DELMAS-MARTY (dir.), Paris, PUF, 1992, p. 551.

TZITZIS (S), « Fascination du crime, aliénation de l'homme délinquant », in *Déviances et délinquances, Approches psycho-sociales et pénales*, (dir.) P. CONTE, S. TZITZIS, Paris, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2009, p. 168.

VAN DER KERCHOVE (M), « Introduction », *Déviance et Société*, 2010, vol. 34, p. 479.

VAN EIKEMA HOMMES (G), TAK (P), « Le test ADN et la procédure pénale en Europe », *RSC* 1993, p. 679.

VERGES (E), « Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique du suspect face aux droits fondamentaux », *RDLF* 2014, chron. 25.

VERIN (J), « La Défense sociale nouvelle contre les fictions », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, t. II, Paris, A. Pedone, 1975*, p. 73.

VIRIOT-BARRIAL (D), « La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC* 1994, p. 537.

VIRIOT-BARRIAL (D), « Consentement et injonction de soins », *RSC* 2010, p. 293.

VIRIOT-BARRIAL (D), « L'injonction de soins dans la loi du 10 mars 2010 : suite et fin ? », *Gaz. Pal.* 15 janvier 2011, n° 15, p. 20.

VOUIN (R), « Le juge et son expert », *D.* 1955, p. 131.

VOULAND (T), « L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté des preuves », *AJ pén.* 2005, p. 275.

VOYER (M), « Quand les avocats « condamnent » les experts psychiatres », AJ pén. 2014, p. 507.

ZAGURY (D), « Irresponsabilité pénale du malade mental : le rôle de l'expert », AJ pén. 2004, p. 311.

B. Articles médicaux

AGHABABIAN (V), LANCON (C), GIOCANTI (C), GLEZER (D), LEONETTI (G), « Les décrets d'application de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des auteurs d'infractions sexuelles : aspects législatifs et cliniques », Annales Médico-Psychologiques, 2001, vol. 159, p. 424.

APPOURCHAUX (K), « Neurosciences et techniques de redirection de l'attention : redéfinir le libre arbitre en termes d'apprentissage de la maîtrise de nos capacités attentionnelles », PSN, vol. 11, Editions Matériologiques, 2013, p. 44.

ARDUIN (P-O), « La France au péril d'un retour de l'eugénisme ? L'exemple du diagnostic prénatal de la trisomie 21 », Ethique et Santé, vol. 6, décembre 2009, p. 188.

AROUDJ (S), BARATTA (A), « Paraphilie, castration chimique et neuropathie optique : à propos d'un cas clinique », Annales Médico-psychologiques, Revue psychiatrique, vol. 170, octobre 2012, p. 579.

AUBERT-MARSON (D), « L'eugénisme : une idéologie scientifique et politique », Ethique & Santé, vol. 8, septembre 2011, p. 141.

BARATTA (A), JAVELOT (H), MORALI (A), HALLEGUEN (O), WEINER (L), « Place des antidépresseurs dans le traitement des auteurs d'infractions sexuelles », Sexologie, vol. 21, juillet-septembre 2012, p. 138.

BARBERA PERA (S), DAILLIET (A), « Homicide par des malades mentaux : analyse clinique et criminologique », L'Encéphale, vol. 31, novembre 2005, p. 540.

BARRET (C), « L'aveu, reine des preuves ? L'aveu dans la procédure pénale », Annales Médico-psychologiques 171, 2013, p. 464.

BARBERET (J), BOUCRET (L), FAUQUE (P), MAY-PANLOUP (P), « Assistance médicale à la procréation : techniques actuelles et nouveaux horizons », Revue Francophone des Laboratoires, vol. 2018, juillet-août 2018, p. 43.

BARON-LAFORET (S), « Guide des nouvelles obligations de soin », L'information psychiatrique, 2009, vol. 85, p. 753.

BAUZA (E), BOUCHARD (J-P), « Terrorisme islamiste la radicalisation mystifiante », Annales Médico-Psychologiques 176, 2018, p. 1049.

BELAISCH ALLART (J), « L'accès à l'Assistance médicale à la Procréation, la gestation pour autrui, l'homoparentalité », Gynécologie Obstétrique et Fertilité, vol. 40, aout 2012, p. 6.

BELAISCH-ALLART (J), BUXERAUD (J), « Assistance médicale à la procréation, techniques et protocoles », Actualités Pharmaceutiques, vol. 56, novembre 2017, p. 30.

BENEZECH (M), « Evaluation, jugement, vérité et intime conviction », Annales Médico-Psychologiques 170, 2012, p. 140.

BENEZECH (M), « Intime conviction : conclusions », Annales Médico-Psychologiques 173, 2015, p. 636.

BENEZECH (M), « L'intime conviction dans le procès pénal : approche médico-psychologique », Annales Médico-Psychologiques 173, 2015, p. 590.

BENEZECH (M), ESTANO (N), « A la recherche d'une âme : psychopathologie de la radicalisation et du terrorisme », Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique, mai 2016, p. 235.

BERTIER (B), RIAL-SEBBAG (E), CAMBON-THOMSEN (A), « 2004-2009 : révision de la loi de bioéthique en France, quels enjeux, quels débats ? Assistance médicale à la procréation, gestation pour autrui, transplantation », Médecine & Droit, vol. 2010, janvier-avril 2010, p. 45.

BICLET (P), « La gestation pour autrui », Médecine & Droit, vol. 2014, mars-avril 2014, p. 56.

BIZOUAM (P), « Le médecin, le malade et la confiance », Ethique & Santé, septembre 2008, p. 165.

BOUCHARD (J-P), « Intérêt curatif et préventif des thérapies cognitives et comportementales (TCC) dans le traitement des croyances délirantes schizophréniques criminogènes : TCC d'une

conviction délirante ayant généré un double homicide à l'extérieur de la famille », *Annales Médico-Psychologiques*, 2014, n° 172, p. 741.

BOUCHARD (J-P), « Schizophrénie, rencontre virtuelle, rapports sexuels et homicide », *Revue européenne de sexologie et de santé sexuelle*, 2014, vol. 23, p. 128.

BOUCHARD (J-P), BACHELIER (A-S), « Schizophrénie et double parricide : à propos d'une observation clinique », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, vol. 162, 2016, p. 628.

BOUCHARD (J-P), BRULIN-SOLIGNAC (D), DE JESUS (A), FLORIS (E), QUILLEROU (B), LODETTI (C), SOULAN (X), « Délires paranoïaques, dangers et homicides », *Annales Médico-Psychologiques*, 2018, n° 176, p. 702.

BOURGEOIS (M-I), BENEZECH (M), « Dangerosité criminologique, psychopathologie et co-morbidité psychiatrique », *Annales Médico-psychologiques, Revue Psychiatrique*, vol. 159, septembre 2001, p. 479.

BRONKHORST (A), « Soins et consentement, le retour aux sources de la Cour de cassation », *Droit Déontologie & Soins*, novembre 2014, p. 424.

BOUZAR (D), MARTIN (M), « Pour quels motifs les jeunes s'engagent-ils dans le djihad ? », *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, octobre 2016, p. 354.

BOUZAR (D), MARTIN (M), « Méthode expérimentale de déradicalisation : quelles stratégies émotionnelles et cognitives », *Pouvoirs, La lutte contre le terrorisme*, 2016, n° 158, p. 86.

BOUZAR (D), LAURENT (G), « L'importance de l'interdisciplinarité pour prendre en charge la complexité de la radicalisation d'un jeune », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, mai 2019, p. 664.

CEILLIER (A), « La prophylaxie criminelle pénitentiaire », *Annales Médecine légale*, 1997, p. 324.

CHRISTIN (E), HIQUET (J), FOGAS (J), DUBOURG (O), GROMB-MONNOYEUR (S), « Usage de toxiques et mesures pénalement ordonnées : les difficultés inhérentes à leurs applications », *Ethics, Medicine and Public Health*, Vol. 4, Janvier-Mars 2018, p. 52.

DE BOUCAUD (M), « L'intime conviction et les formes de croyance : de l'expérience au regard philosophique », *Annales Médico-Psychologiques* 173, 2015, p. 595.

DECAMPS-MINI (D), « Prélèvements et greffes d'organes : Une activité strictement encadrée », *Ethique & Santé*, vol. 1, novembre 2004, p. 189.

DELBREUIL (A), VOYER (M), SAPANET (M), LETURMY (L), « L'autopsie médico-légale au regard de la loi », *Press Méd.*, 2018, 47, p. 340.

DELPOUS (S), BENHESSA (G), BERETZ (L), « Aspects historiques et juridiques du secret médical », *Le Pharmacien Hospitalier et Clinicien*, septembre 2013, p. 198.

DE VLEMINCK (J), FERNANDEZ (I-V), CHEVALIER (F), LENORMAND (L), GUERIN (N), « Les frontières psychanalytiques du moi : Freud, Klein, Winnicott, Lacan », *L'évolution psychiatrique* 2019, p. 69.

DI ROCCO (V), RAVIT (M), « La psychiatrie de secteur confrontée aux soins pénalement ordonnés », *Médecine & Hygiène*, 2014, vol. 34, p. 76.

DURAND-POUDRET (D), « De l'incitation aux soins psychiatriques en prison », *in Violences sexuelles. Le soin sous contrôle judiciaire*, A. CIAVALDINI (dir.), Paris, In Press, coll. Explorations psychanalytiques, 2003, p. 76.

DURIF-VAREMBONT (J-P), RAVIT (M), ELCHARDUS (J-M), « Meurtres d'enfants : perspectives psychiatriques sur une violence spécifique », *RSC* 2013, p. 181.

DUVAL (S), « Cinq décisions de justice pour comprendre le secret médical », *Déontologie & Soins*, décembre 2013, p. 486.

GALLAND (D), JONAS (C), JARDI (R), WILQUIN (M), COTTENCIN (O), THOMAS (P), ROLLAND (B), « Comparaison du concept de « responsabilité » en neurosciences et en droit pénal : une revue croisée de littérature pour l'expertise psychiatrique », *Presse Med.* 2016, p. 560.

GIOVAHNOZI (O) DUCRO (C), HPHAM (T), WOITCHICK (P), « Impact de l'adversité familiale durant l'enfance sur le développement de la personnalité psychopathique », *Annales Médico-Psychologiques*, vol. 171, août 2013, p. 509.

GKOTSI (G-M), GASSER (J), « Critique de l'utilisation des neurosciences dans les expertises psychiatriques : le cas de la responsabilité pénale », *L'évolution psychiatrique*, 2016, vol. 81, p. 435.

GKOTSI (G-M), MOULIN (V), GASSER (J), « Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi française », *L'Encéphale*, 2015, vol. 41, p. 387.

GRASSIN (M), « Où commence l'esprit eugénique ? », *Ethique & Santé*, vol. 8, septembre 2011, p. 117.

GUERIN (M-C), « Intime conviction et doute. Au-delà d'une antinomie apparente ... Ce que révèle leur étude comparée », *Annales Médico-Psychologiques* 173, 2015, p. 610.

GUILLET-MAY (F), THIEBAUGEORGES (O), « Le médecin face aux agressions sexuelles et au viol », *Médecine & Droit*, janvier-février 2006, p. 35.

HUM (P), BOURY (D), DANIEL (T), DEMAILLY (L), DUJARDIN (V), ETHUIN (C), LEQUIN (F), PRUVOT (F-R), RACINE (A), VALETTE (P), VANDOOOLAEGHE (S), WEIL (B), WEILL (S), « Le refus du soin : forces et faiblesses du consentement », *Ethique & Santé* mars 2015, p. 57.

IVORA-DELEUZE (D), « La gestation pour autrui au cœur du débat », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 38, avril 2010, p. 292.

JACCARD (A), « Penser la radicalisation. *A propos de...* « L'idéal et la cruauté, subjectivité et politique de la radicalisation » », *L'évolution psychiatrique*, 2016, p. 943.

JARDE (O), MANAOUIL (C), « Organisation de la médecine légale en France », in *Traité de médecine légale et de droit de la santé, à l'usage des professionnels de la santé et de la justice*, (dir.) P. CHARIOT, M. DEBOUT, Paris, éd. Vuibert, 2010, p. 13.

JOLI (A), « La relation entre déterminismes et autonomisation », Conseil scientifique et technique du Centre d'action et de prévention contre la radicalisation des individus, Bordeaux, 2018.

KARSENTY (G), BASTIDE (C), BRUYERES (F), GUY (L), « Les conflits d'intérêts », *Progrès en Urologie*, vol. 23, novembre 2013, p. 1219.

KOUPERNIK (C), « Eugénisme et psychiatrie », Annales Médico-psychologiques, vol. 159, février 2001, p. 14.

LAVIOLLE (B), PERCHE (O), GUEYFFIER (F), « Apport de la génomique dans la médecine de demain, applications cliniques et enjeux », Thérapies, vol. 74, février 2019, p. 3.

LAMEYRE (X), « Les soins pénalement ordonnés, une pratique limite », Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique, Vol. 162, Octobre 2004, p. 658.

LE BIHAN (P), BENEZECH (M), « Degré d'organisation du crime de parricide pathologique : mode opératoire profil criminologique. A propos de 42 observations », Annales Médico-psychologiques, Revue psychiatrique, vol. 162, octobre 2004, p. 615.

LE BIHAN (P), BENEZECH (M), « Psychologie des aveux : données classiques et contemporaines », Annales Médico-psychologiques 171, 2013, p. 468.

LE BODIC (C), MICHELOT (M), ROBIN (D), « Les soins pénalement ordonnés (I). Cadre légal et revue de littérature », Annales Médico-Psychologiques, 2015, p. 198.

LE BODIC (C), MICHELOT (M), ROBIN (D), « Les soins pénalement ordonnés (II). Mise en place d'un dispositif d'accueil de patients sous-main de justice au sein d'un service psychiatrique de secteur », Annales Médico-Psychologiques, 2015, p. 204.

LENEVEU (M-C), « Médecine prédictive et santé parfaite : d'une visée salubre à une visée eugénique... », Ethique & Santé, vol. 6, décembre 2004, p. 195.

LE PLUARD (Q), HAZIF-THOMAS (C), « Le transhumanisme face au droit et à l'éthique de Jean Carbonnier », Ethique & Santé, vol. 16, mars 2019, p. 26.

LOISEAU (J), LACOSTE (P), BENEZECH (M), « L'intime et la conviction ? », Annales Médico-Psychologiques 170, 2012, p. 132.

MANAOUIL (C), ROUGE-MAILLART (C), « Le secret professionnel du médecin », La Revue de Médecine Légale, septembre 2019, p. 119.

MANUEL (C), LAFON (C), HAIRION (D), ANTONIOTTI (S), « Cellules souches et clonage thérapeutique, des perspectives médicales en débat », La Presse Médicale, vol. 33, mars 2004, p. 298.

MANSOURI (M), HARRACH (Z), « Une clinique de la « radicalisation » », L'évolution psychiatrique, 2021, p. 80.

MARKUS (J-P), « Conflit d'intérêt et déontologies : l'échec des déontologies existantes et l'improbable (?) succès de la loi », *Médecine & Droit*, vol. 2014, janvier-février 2014, p. 10.

MAY-PANLOUP (P), FAUQUE (P), « Assistance médicale à la procréation et biologie de la reproduction », *Revue Francophone des Laboratoires*, vol. 2018, juillet-août 2018, p. 27.

MEMETEAU (G), « Le droit médical pendant la seconde guerre mondiale », *Médecine & Droit*, vol. 1996, septembre-octobre 1996, p. 23.

MONTAZEAU (O), BENOIT (J), « A propos de la clause de conscience », *Les dossiers de l'Obstétrique*, vol. 35, novembre 2011, p. 3.

MOULIN (V), GASSER (J), TESTE (B), « La perception par des magistrats français de l'introduction de données neuroscientifiques dans les expertises psychiatriques pénales : effets sur l'évaluation de l'expertise et la situation pénale de la personne expertisée », *Annales Médico-Psychologiques*, 2018, p. 2.

NABHAN-ABOU (N), « Infanticides : ces mères qui tuent », *Revue européenne de psychiatrie*, vol. 29, novembre 2014, p. 627.

OHAYON (A), « Les médecins hygiénistes français face à la politique raciale allemande. 1933-1939 », *L'Evolution psychiatrique*, vol. 66, avril-juin 2001, p. 349.

OLLIE (J-P), FABRE (I), « La responsabilité judiciaire des malades mentaux, comment concilier approche judiciaire et médicale ? », *La revue du praticien*, n°56, p. 935.

PELTIER (N), « « Un consentement pleinement libre et éclairé ? », *Revue Laennec, Santé Médecine Ethique*, 2011, p. 24.

RAMMOUZ (I), TAHIRI (D-A), AALOUANE (R), KJIRI (S), SEKKAT (F-Z), « Infanticide en post-partum : à propos d'un cas », *L'Encéphale*, vol. 32, juin 2008, p. 284.

REY-SALMON (C), « Les infanticides : données médico-légales », *Archives de Pédiatrie*, vol. 19, juin 2012, p. 315.

ROBIN (G), « Bilan avant assistance médicale à la procréation : le versant féminin », *Revue Francophone des Laboratoires*, vol. 2018, juillet-août 2018, p. 36.

ROLLING (J), CORDUAN (G), « La radicalisation, un nouveau symptôme adolescent ? », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 2018, p. 278.

ROSSINI (K), SENON (J-L), VEROUX (H), « Hospitalisation sans consentement : fondements éthiques, contraintes et justice procédurale », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, décembre 2016, p. 834

SCHWEILTZER (M-G), PUIG-VERGES (N), « Expertise psychiatrique, expertise médicopsychologique. Enjeux de procédure, enjeux cliniques », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, vol. 164, décembre 2006, p. 815.

SCHWEITZER (M-G), PUIG-VERGES (N), « Soins obligés, injonction de soins et expertises judiciaires. Enjeux idéologiques ou enjeux politiques pour la psychiatrie », *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, septembre 2014, pp. 573

SIMON-BOUY (B), SERRE (J-L), « Le diagnostic prénatal n'est pas de l'eugénisme », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 43, avril 2015, p. 264.

SIMON-BOUY (B), CARON (O), « L'accès à la médecine génomique pour tous les patients : rêve ou réalité ? », *Gynécologie obstétrique Fertilité et Sénologie*, vol. 45, avril 2017, p. 187.

SIMONNOT (A-L), « Un enjeu éthique du XXe siècle : la question de l'eugénisme », *Annale Médico-psychologiques*, Vol. 159, Février 2001, p. 23.

SIRIGU (A), « Neurosciences de la décision et libre arbitre », *Actes du séminaire Perspectives scientifiques et légales sur l'utilisation des sciences du cerveau dans le cadre des procédures judiciaires*, Centre d'analyse stratégique, 10 décembre 2009, p. 17.

SPITZER (R-L), ENDICOTT (J), MICOULAUD FRANCHI (J-A), « Troubles médicaux et mentaux : proposition d'une définition et de critères », *Annales Médico-Psychologiques*, 2018, n° 176, p. 668.

TARQUIS (N), « Hypothèses neurobiologiques concernant les liens entre psychopathie et maltraitance infantile », *L'Encéphale*, juin 2006, vol. 32, p. 377.

TASSY (S), « La relativité du concept de comportement normal », *Actes du séminaire Perspectives scientifiques et légales sur l'utilisation des sciences du cerveau dans le cadre des procédures judiciaires*, Centre d'analyse stratégique, 10 décembre 2009, p. 20.

TOULOUSE (O), SOUSTRE DE CONDAT (B), MARC (B), « L'art de l'expertise : le couple justice-médecine dans l'Antiquité », *La revue de Médecine légale*, mars 2011, p. 12.

TSALA MBANI (A-L), « Le clonage humain ou le terrorisme ontologique », *Ethique & Santé*, vol. 3, décembre 2006, p. 208.

TURSZ (A), « Les infanticides en France : peut-on les repérer, les compter, les prévenir ? », *Archives de pédiatrie*, vol. 21, avril 2014, p. 343.

WERY (P), BEAUTHIER (J-P), « De l'ouverture des corps aux racines de la médecine légale » in *Traité de Médecine légale*, J-P BEAUTHIER (dir.), Bruxelles, De Boeck, 2011, p.22.

IV. Rapports et avis

A. Avis du CCNE

CCNE, Avis n°3, Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle, 23 octobre 1984.

CCNE, Avis 49, Avis sur la contraception chez les personnes handicapées mentales, 3 avril 1996.

CCNE, Avis 54, Réponse au Président de la République au sujet du clonage reproductif », 22 avril 1997.

CCNE, Avis 67 sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique, 27 janvier 2000.

CCNE, Avis 87, « Refus de traitement et autonomie de la personne », 14 avril 2005.

CCNE, Avis 88 relatif méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques, 23 juin 2005.

CCNE, Avis 110, « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA) », 1^{er} avril 2010.

CCNE, Avis 112 relatif à une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain *in vitro*, 21 octobre 2010.

CCNE, Avis 115, « Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation », 7 avril 2011.

CCNE, Avis 116 relatif aux enjeux éthiques de la neuroimagerie fonctionnelle, 23 février 2012.

CCNE, Avis 124, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, 21 janvier 2016

CCNE, Avis 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019, 18 septembre 2018.

B. Autres avis

BUFFET (F-N), Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, de suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale relatif à la bioéthique, n°381, 2011.

HSCP, Avis relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé, 23 janvier 2014.

CNCDH, Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national, 27 juin 2014.

CNCDH, Avis sur la prévention de la radicalisation, 18 mai 2017.

C. Rapports

ANCEL (M), Rapport sur les mesures de sûreté en matière criminelle, Commission internationale pénale et pénitentiaire, 1950.

BONIS (E), DERASSE (N) (dir.), Rapport n° 17-33, Les longues peines, GIP mission justice, septembre 2020, www.gip-recherche-justice.fr/publication/les-longues-peines/.

FAGNIEZ (P-L), Rapport n° 2206 sur la mise en application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, AN, 23 mars 2005.

BALIER (C), PARAYRE (C), PARPILLON (C), Traitement et suivi médical des auteurs de délits et crimes sexuels, Rapport du ministère de la Santé et du ministère de la Justice, 1995.

Rapport de la Commission Santé-Justice, présidé par J-F BURGELIN, juillet 2005.

GARRAUD (J-P), Réponses à la dangerosité, Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier Ministre à Monsieur Jean-Paul Garraud, Député de la Gironde, sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 2006.

GOUJON (P), GAUTIER (C), Rapport d'information n° 420 fait au nom de la commission des lois sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, La documentation Française, 2006.

Rapport sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en matière pour les mineurs étrangers isolés, Académie Nationale de médecine, 16 janvier 2007.

LECERF (J-F), Rapport n° 174 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, 2008.

DEBRE (I), Rapport « Les mineurs isolés étrangers en France », Sénat, 2010.

DELARUE (J-M), « Auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge », Rapport de la Commission d'audition, Paris, Audition publique, 17 juin 2018.

Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012 sur la preuve, étude de J-F CESARO.

Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, Rapport annexé à la loi n° 2°12-409 du 27 mars 2012 relative à l'exécution des peines.

Rapport du Centre d'analyse stratégique, « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit », Septembre 2012, n°282.

Rapport relatif à l'évaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologiques, Académie nationale de médecine et du conseil national des compagnies d'experts judiciaires, 6 novembre 2012.

PIETRASANTA (S), La déradicalisation, outil de lutte contre le terrorisme, Rapport du projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme, juin 2015.

Rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Radicalisation islamiste en milieu carcéral, 2016, L'ouverture des unités dédiées, 7 juin 2016.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

ADN 13, 23, 30, 31, 38, 55, 71, 111, 153, 234

Autopsie 24, 35

Aveu 56, 57, 58, 59, 72, 73, 115

B

Bioéthique 30, 42, 119, 120, 128, 139, 141, 142, 144, 147, 148, 152, 153, 164, 168

C

Castration chimique

263, 264

CCNE 47, 145, 146

Clonage 128, 131, 141, 150, 151, 155, 156, 158, 159, 169

Consentement 59, 80, 83, 84, 87, 89, 102, 103, 104, 107, 108, 110, 111, 114, 180, 181, 298, 299, 301, 303, 304, 317, 318, 319

Contrainte indirecte 79, 80, 85, 89, 99, 300, 302, 303, 304

Criminologie 4, 8, 230, 232, 247, 249, 341, 352

Culpabilité 38, 47, 58, 64, 74, 176, 202, 207, 213

D

Dangerosité 337, 338, 340, 341, 343, 344, 351, 352, 353, 359, 362, 405

Défense sociale nouvelle 8, 246, 247, 248, 259, 363

Détecteur de mensonge 46, 47

Don d'organe

168

Droit à l'oubli

32

Droit au silence 56, 57, 59

Déontologie médicale 103, 173, 174, 270, 299,
318, 319, 321

Droit de ne pas s'auto-incriminer 52, 53,
54, 59

E

Effet thérapeutique

214, 215, 216

Ethique 121, 125, 131, 133, 144, 145, 146, 147, 159,
175, 294

Eugénisme

151 à 155, 159

Expertise 3, 23, 24, 31, 38, 45, 71, 107, 175, 190,
191, 192, 228, 262, 274, 275, 276, 290, 291, 292

F

Faute

173, 176

FNAEG

30, 31, 32, 91, 92, 96, 234

G

Gestation pour autrui

163 à 166

Gravité 2, 23, 37, 88, 92, 97, 98, 157, 269, 270, 326,
327, 328, 361, 362, 371, 405

H

Hypnose

41, 58

I

Imputabilité 183, 188, 189, 190, 208, 210, 211,
213

Injonction thérapeutique 259, 272, 275, 276,
302, 319

Interruption de grossesse 139, 160

Intime conviction

62 à 65, 68, 74

Inviolabilité du corps humain 17, 18, 55, 76,
80, 89, 90, 92, 111

IRM 46, 47, 48

Libre arbitre

183, 188, 192, 220, 223, 232, 236

Liberté de la preuve

15, 24, 42, 72

Médecine légale

3, 34, 35, 36, 71

Neurodroit

43

Phénomène criminel

4, 6, 7, 8

Positivism

5, 8, 232, 233, 235, 339

Prélèvements d'organes

141, 168

Qualification

21, 35, 36, 37, 38, 158

Secret professionnel 174, 175, 321**Suivi socio-judiciaire** 62, 274**L****Loyauté**

110 à 114

M**Mineur**

107, 108, 185, 396, 397

N**Névroses**

197, 340

P**Présomption d'innocence**

49, 53, 54, 68, 69, 70, 73, 74

Prévention

134, 252, 253, 334, 377

Psychoses

197, 199

Q**S****Surveillance de sûreté** 347, 354, 362, 364, 371**Surveillance judiciaire** 346, 352, 357, 362, 364,
370

T

Terrorisme

379, 380, 384, 385, 398

V

Valeur probante

47

ANNEXE 1

Entretien avec Monsieur Olivier Vanderstukken

Psychologue clinicien au CHRU de Lille, Docteur en psychologie

Psychologue clinicien au service médico-psychologique régional (SMPR) de Lille-Annœullin

Psychologue coordinateur réseau de l'Unité Régionale de Soins aux auteurs de Violence Sexuelle (URSAVS) et de son Centre Interdisciplinaire pour le Suivi des Auteurs de Violence Sexuelle (CRISAVS), Nord-Pas de Calais

Collaborateur scientifique au Centre de Recherche en Défense Sociale (CRDS) de l'hôpital des Marronniers (Tournai, Belgique)

Formateur dans le cadre de « Violences et Troubles mentaux » (Université de Mons-Hainaut, Belgique)

Membre de la Commission Recherche de la Fédération française des Centres de Ressources pour les Auteurs de Violence Sexuelle (FfCRIAVS). Secrétaire Adjoint de la FfCRIAVS

17 décembre 2019

1. L'influence directe des auteurs de violences sexuelles (AVS) sur le droit pénal

Selon les propos du Docteur Vanderstukken, « Les auteurs d'infractions sexuelles sont ceux qui ont le plus fait bouger le droit pénal et ont permis une interaction entre le droit pénal et le soin car les émotions font bouger les lois, sans l'effroi, le droit pénal n'avancerait pas ».

2. Les différentes interactions entre la justice et la santé

« La première interaction était **l'injonction thérapeutique**, on est parti d'un problème social. On part toujours d'une problématique sociale, on parle des effets de la problématique plutôt que de la problématique elle-même. Cela donne des afflux vers le soin de patientèles qu'on amène sous couvert d'infraction, ce qui force la médecine à réfléchir sur une problématique sociale, et surtout sur une population très hétérogène ».

En ce qui concerne la prise en charge des toxicomanes, le Docteur Vanderstukken parle de « tentative de résolution ratée pour résoudre un problème ». En effet, « les soignants se trouvent toujours face à une nouvelle problématique et ce de par la justice. Les soignants sont donc forcés à réfléchir sur des nouvelles problématiques qui ont des impacts sociaux ».

La deuxième interaction entre justice et santé a été **l'obligation de soins** et la troisième **l'injonction de soins** avec laquelle « la justice reconnaît que sans le soin on ne pourra pas atténuer la récidive et que quelque part la justice a besoin du soin en tant que partenaire. Là on

est vraiment dans la quintessence de la judiciarisation du soin, la justice demande au soin quelque chose »

3. Les difficultés de l'interaction entre la justice et la santé pour les soignants

La première difficulté est liée à la contrainte qui n'impacte pas seulement le patient. En effet, « l'infraction crée de nouvelles patientèles qui viennent sous-main de justice. En plus avec une notion de soins sous contrainte, qui n'est pas la panacée de la psychiatrie sauf pour les patients en état de crise. Le sentiment de contrainte s'est aussi posé sur les soignants, pas seulement sur les patients. Cela arrive systématiquement quand on a une nouvelle patientèle sous-main de justice ».

La deuxième difficulté est liée à l'hétérogénéité de ces auteurs d'infractions car « les soignants se sont dit à chaque fois qu'une infraction entraînait des nouvelles populations, et ces populations sont très hétérogènes. Le sentiment dicte une nouvelle catégorie comme avec les auteurs d'infractions sexuelles ». Le sentiment de la société est fort dans ce domaine dans le sens où « on veut nécessairement que cette personne soit anormale » et que « la peur est l'émotion qui donne le plus de raccourci au niveau de notre cerveau ». Seulement, « un acte ne définit pas une personnalité. Un comportement ne retrace ni qui vous êtes, ni ce que vous avez fait ».

La troisième difficulté est liée aux soignants eux-mêmes. En effet, le Docteur Vanderstukken souligne que « les soignants sont des gens comme les autres donc qu'ils n'ont pas envie de voir arriver les gens qui violent des enfants » dans leur travail. L'idée est que le soignant est « comme tout être humain ». Le Docteur Vanderstukken insiste sur le fait qu'il « faut comprendre que ce qui vient directement à l'esprit c'est l'émotion associée, et c'est la même chose pour le soignant ». Cependant, la justice a un tort ici, « elle ne reconnaît pas la peur que l'auteur inspire ni même l'effet que l'obligation a sur le soignant ». En effet, « le soignant est nécessairement impacté par ses émotions, on ne peut pas s'empêcher de juger. La première chose à savoir c'est la représentation sociale qu'on a sur un fait et la difficulté qu'on a à s'en détacher. Par rapport à l'effroi de certaines situations, plus aucune théorie n'existe. Tous les propos sont colorés par les émotions. Parler des émotions est quelque chose qui serait normal face à un infracteur mais ne pas le demander à un soigneur est une erreur ».

Ensuite, une autre difficulté est liée à la formation des soignants, « les théorisations sur les nouvelles populations arrivant de la justice viennent du milieu pénitentiaire. La création des CMP (centre médico-psychologique) a été difficile pour les soignants, les CMP étant sectorisés. Les CMP d'abord créés pour des patients souffrant de troubles psychiatriques ont vu arriver des AVS alors que les soignants n'avaient jamais été formés à ça ».

Toujours sur la formation des soignants, le Docteur Vanderstukken précise que « les psychologues sont tous issus de facultés différentes avec des cours différents, jamais deux psychologues n'ont les mêmes idées. Ce qui ne renforce pas non plus notre visibilité et la façon d'être compris. Pour le patient c'est plus intéressant car un psychologue peut mieux parler à un patient qu'un autre. A l'inverse les psychiatres ont des cours homogènes. En sciences humaines et sociales toutes les preuves sont contestables. Deux experts peuvent avoir des soubassements théoriques différents. Les références théoriques et cliniques peuvent être différentes. L'autre chose est qu'il n'y a pas de formation pour devenir expert. Le problème en tant qu'expert psychiatre c'est qu'on est mal payés, peu nombreux. Il faudrait un minimum d'heures de cours sur ce qu'est une bonne expertise car des DU existent pour cela.

Pour la pratique expertale, la psychanalyse a l'art de dire l'inverse et son contraire, d'où le reproche que la psychanalyse n'est pas scientifique. En revanche d'un point de vue thérapeutique la psychanalyse peut être intéressante. Il faut des outils pour permettre aux psy de mettre à distance leurs émotions et ce qu'ils ont vécu. Si on veut être vraiment juste pour une personne placée sous-main de justice il faut utiliser des outils standardisés dans l'évaluation (à tous les stades de la procédure) ».

4. Les conséquences directes de la justice sur les spécialistes de la santé mentale

Le Docteur Vanderstukken nous donne l'exemple des terroristes qui dans la plupart des cas « ne présentent pas de troubles psychologiques », et pour autant, la justice demande aux soignants de s'y intéresser. En ce sens, « l'articulation de ces deux champs [santé et justice] crée de nouvelles choses et il est difficile pour le soin de les appréhender. Pour cela, aujourd'hui on ne parle quasiment plus de psychiatrie mais de santé mentale. La psychiatrie c'est les troubles psychiatriques mais avec les interactions entre la santé et la justice, la justice est venue mettre dans le champ de la psychiatrie des patients qui ne souffrent pas de troubles psychiatriques ».

Finalement, le Docteur Vanderstukken s'interroge, « est-ce qu'on ne finit pas par trouver des choses parce qu'on les cherche ? La justice vient questionner le soin et bouge les limites du

soin. La justice bouge la nomographie des maladies psychiatriques. La question est ; que va-t-on faire de ces gens-là ? Est-ce qu'ils sont vraiment des patients ? Les frontières de la psychiatrie ont été étendues, la matière devient perméable. *In fine*, les cours en psychiatrie commencent à intégrer ces nouveaux « patients » et donner des points de repère. On sait que la justice ne peut pas tout donc on l'envoie vers la psychiatrie ».

Les sciences de la santé mentale évoluent sous l'influence de la justice. En effet, « les psychiatres doivent coder lorsqu'ils ont un patient (bipolaire, schizophrènes, psychopathe) donc on invente des catégories pour répondre aux besoins de la justice. C'est pour cela que le diagnostic de pédophilie dans le DCM a évolué. La base du diagnostic était d'être excité par des enfants et avoir des fantasmes. Le médical a donc répondu à la justice en élargissant la définition de la pédophilie. Le médical pervertit ses propres catégories pour répondre aux besoins de la justice ».

Ensuite, la justice a une influence directe sur le soin car « dans la judiciarisation du soin, il y a une sanction si pas de respect du soin. Le soin n'est plus tellement indépendant de la justice ». Pour le Docteur Vanderstukken, « avant la médicalisation du droit pénal, il y a une judiciarisation du soin. Si le soignant n'avait pas été interpellé, le soin n'aurait pas été intégré à la justice. A la base le soin n'a jamais demandé à faire partie de la justice. La France est d'ailleurs l'un des rares pays où il existe du soin dans la prison. Le soin aide à résoudre des problèmes psychopathologiques ».

5. La prise en charge des AVS

Afin de pouvoir prendre efficacement en charge les AVS, « il faut d'abord savoir qui ils sont car chacune des populations spécifiques viennent toutes par le champ de l'infraction.

Le Docteur Vanderstukken nous rappelle l'importance des mots dans la prise en charge des AVS, il précise qu'on parle « d'auteur de violences sexuelles car c'est la personne qui a commis un acte, la terminologie est très importante. On ne doit pas oublier la personne (individualisation) et l'infraction commise. La terminologie qu'on utilise est très importante car elle induit une vision de la personne qu'on traite. Les mots utilisés permettent de passer un message ».

Egalement, pour ne pas confondre totalement la justice et le soin, il a été nécessaire de mettre en place un dispositif particulier, « donc là, fort heureusement a été créé le médecin coordonnateur. La nécessité d'un cadre différent était importante pour que le patient puisse faire

confiance au soignant. L'obligation faite au psychiatre ne doit pas pervertir le cadre sinon personne ne ferait confiance au soignant. Il faut que le cadre permette la libre circulation des propos, sans passer en première intention par la justice. Les deux cadres ne doivent pas devenir perméables. Sinon, les soignants deviennent des auxiliaires de justice, le soin doit rester un partenaire fiable et valide pour les patients ».

Dans la prise en charge des AVS, un débat en mars 2010 avait été entamé sur la question de savoir s'il fallait mettre tous ces auteurs sous traitement, l'hormonothérapie car « par exemple on parlait du principe que tous les violeurs d'enfants étaient pédophiles, ce qui est faux. Le pédophile est une attirance pour des corps prépubères mais pas pour un enfant particulier comme c'est le cas pour un inceste (la plupart des agressions sexuelles sur enfant se passent dans le cercle familial). Un amalgame a été fait et on voulait une réponse rapide donc on s'est orienté vers une hormonothérapie. L'hormonothérapie tend à amalgamer le délit avec la maladie ».

Pour les AVS une individualisation des soins est alors nécessaire, « un AVS peut être un schizophrène, un psychopathe, un individu en carence affective ou un individu dément au niveau frontal. La justice voulait quelque chose de simple mais ce n'est pas possible. Les actes ne pourront pas être résolus par un médicament. Le mouvement judiciaire a glissé vers l'individualisation de la peine. Aujourd'hui il y a une évolution du vocabulaire juridique qui tend à dire que derrière une infraction il y a une personne. Si on veut « bien » juger, il faut connaître la personne, pour ce soit plus individualisé pour la personne ».

Par la suite, « il y a eu un changement de pratique dans le soin avec les personnes qui sont arrivées sous-main de justice. La question s'est posée de savoir s'il ne fallait pas créer des centres spécialisés pour les auteurs d'agression sexuelle mais ce n'est pas la population qui est spécifique, c'est l'acte qui est spécifique. Ce n'est pas une population qui a besoin de soins spécifiques. La création d'un tel centre serait devenue un centre « poubelle » dans lequel on aurait mis tout ce que personne ne voulait voir. Avec le ministère de la santé on est parti sur le principe que cette population était une population comme les autres mais qui nécessite pour leur prise en charge une formation complémentaire ».

6. La grande délinquance est-elle une maladie ?

Selon le Docteur Vanderstukken, « la grande délinquance inspire une grande peur et donc on va les rendre [les AVS] intrinsèquement différents de nous ». Cependant, « les délinquants ne

sont pas nécessairement schizophrènes mais plus les choses font peur plus on voudrait que les personnes soient différentes. Ce ne sont pas les plus grands délinquants qui présentent les plus grandes pathologies. On ne réagit pas face à la personne mais face à l'effroi pour théoriser ». Il précise aussi qu'il « ne faut pas commettre des actes monstrueux pour être différents. Notre manière de voir le monde est une manière de nous rassurer, notre cerveau a besoin d'être rassuré, de donner une illusion de contrôle sur la réalité ».

Pour déterminer si un délinquant est malade, le soignant doit différencier deux choses :

« **Les grandes maladies** : les maladies mentales qui relèvent de la psychiatrie, schizophrénie (hallucinations, délires) et les troubles de l'humeur (dépression par exemple) avec un trouble bipolaire (phase de manies et phase de mélancolie / c'est l'exemple du trouble bipolaire chez les mères qui commettent des infanticides). Pour ces deux maladies on a une réponse médicamenteuse, ces deux maladies sont l'essence même de la psychiatrie. La personne est susceptible d'être irresponsable pénalement avec ces deux diagnostics ».

Néanmoins, « Au vu du nombre de malades mentaux en prison on a créé les UHSA (pour les personnes qui présentent des gros troubles mentaux en prison). Cela veut dire qu'au lieu de vraiment soigner la personne, on l'envoie d'abord en prison et après si elle a de la chance elle pourra aller en UHSA, il n'y pas d'équité d'accès au soin pour la personne qui souffre d'un soin dès de le départ. Ces grands malades ne sont pas nécessairement des grands délinquants ».

Il faut préciser aussi qu'il ne faut pas confondre c'est grandes maladies avec la démence. En effet, « la démence à l'inverse est une perte irréversible de neurones lente et irréversible. Les démences sont très préoccupantes (Alzheimer ou la démence fronto temporale : avec l'inhibition socialement acceptable, la personne ne sait plus inhiber son comportement. L'inhibition nous rend socialement acceptable. Difficile à diagnostiquer et ce n'est pas soignable. La psychiatrie ne s'occupe pas des démences mais pour autant personne ne s'en occupe en prison non plus ».

A côté des grandes maladies, on retrouve « **les troubles de la personnalité** (exemple psychopathes) : pour lesquels les médicaments marchent beaucoup moins bien. On a pas exemple les troubles histrioniques, troubles phobiques etc.

Pour la psychopathie tout dépend de la définition qu'on retient. En France la psychanalyse est encore très prégnante car on a eu Jacques Lacan, pilier de la psychanalyse. La psychanalyse n'est pas basée sur beaucoup de vérifications scientifiques. La psychanalyse est parfois plus

proche de la philosophie. Si on lit des livres français la psychopathie est donc assimilée à des actes anti sociaux. Ce diagnostic n'est pas intéressant car en retenant cette définition quasiment toutes les personnes (80%) en milieu carcéral présentent des comportements anti sociaux.

En revanche le diagnostic de psychopathie de Hare, ne correspond qu'à 15% des personnes incarcérées. Cette échelle est la plus utilisée mondialement. Avec cette échelle sur 40, il faut un certain score pour être diagnostiqué psychopathe. On se base aussi sur le dossier pénal de la personne pour l'évaluation ».

7. Quelques pistes de réflexions pour améliorer la prise en charge

Le Docteur Vanderstukken insiste sur le fait « de faire des expertises équilibrées », c'est-à-dire « voir les facteurs protecteurs (du plus) et pas seulement les facteurs négatifs. Plutôt que de parler de dangerosité il faudrait parler de risque récidive. Une personne placée sous-main de justice n'a pas que de côtés négatifs, il faudrait en compte cela dans les expertises. Les AVS ont créé chez les soignants un grand désordre dans la manière de faire. Certains se sont dit que le soin devait être de travailler sur les facteurs de risque donc travailler sur les facteurs de la récidive. La mission première est d'améliorer la qualité de vie, diminuer la qualité de vie mais ce n'est pas de diminuer le risque de récidive. Le cadre de soin ne doit pas déterminer le soin. La mission première n'est pas de travailler sur le risque de récidive car sinon ce n'est pas un travail de soignant. Les personnes restent des cibles du soin mais les soignant contribuent à la diminution du risque de récidive sans pour autant que ce soit leur mission. Aujourd'hui il y a encore des risques de confusion entre le soin et le risque de la récidive. Les AVS ont été le premier pas pour tous les délinquants ».

Le Docteur Vanderstukken préconise l'utilisation d'une certaine thérapie. En effet, « la majorité des théories psychologiques sont sur la pathologie, les déficits, les difficultés. Le *good life model* de Tony Ward. Son idée est de dire est qu'est-ce que vous penseriez de faire pour la suite ? Quelles sont les grandes valeurs dans votre vie ? Comment le thérapeute peut atteindre cette valeur avec les personnes placées sous-main de justice. Cela permet de booster la motivation des gens. C'est un retournement de table fondamental. La personne part du principe qu'elle a besoin d'être aidée pour faire accomplir quelque chose, de fait elle va parler de ses facteurs de risque. C'est une motivation au changement, car c'est la personne qui veut changer. La personne veut changer des choses pour aller mieux, il va le faire parce qu'il veut atteindre des valeurs qui lui sont chères ».

8. Quelques réflexions autour de la preuve

Le Docteur Vanderstukken, interrogé sur l'aveu soutient que « l'aveu est un mécanisme psychologique qui n'a rien à voir avec une preuve. Le discours s'inscrit dans une relation, on ne dit pas les pires choses qu'on a fait la première fois qu'on rencontre quelqu'un. Donc demander à une personne de reconnaître de suite les faits est quelque chose de très difficile. Cela peut révéler un risque suicidaire énorme chez la personne. La réalité humaine est différente de la réalité juridique ».

ANNEXE 2

Entretien avec Monsieur Benoît Durieux

Psychologue

Association SOLFA (SOLidarité Femmes Accueil)

Directeur du pôle hébergement-insertion-responsabilisation

Centre Clotaire, prise en charge des auteurs de violences conjugales et intrafamiliales, dispositif de responsabilisation

24 mars 2022

Fort de son expérience en établissement pénitentiaire, Monsieur Durieux a contribué à la création du Centre Clotaire (qui dépend de l'association SOLFA), novateur dans la prise en charge des auteurs de violences conjugales et intrafamiliales. Le Centre travaille notamment en collaboration avec le Home des rosati (centre d'hébergement dédié aux auteurs de violences conjugales sur le ressort du Tribunal judiciaire d'Arras / Le home des rosati dépend lui de l'association « Le Coin Familial »).

Le dispositif Clotaire s'articule autour d'une prise en charge par une éducatrice spécialisée et une psychologue. La particularité dudit centre est d'avoir mis en place un mécanisme de responsabilisation à l'attention des auteurs de violences conjugales et intrafamiliales. En somme, le Home de rosati gère la partie hébergement des personnes placées sous contrôle judiciaire et le Centre Clotaire se charge de les responsabiliser.

Monsieur Durieux relève que pour débiter un travail thérapeutique, le praticien attend une demande d'un patient sauf qu'en l'occurrence lorsqu'il reçoit des personnes enjointes par la justice, il n'existe pas de demande initiale.

Le Centre Clotaire est né de l'idée que des sujets pouvaient être pris en charge et que l'injonction judiciaire était un moyen de les amener à une démarche personnelle et thérapeutique.

Le dispositif commence par trois rendez-vous afin de déterminer si l'auteur présente une pathologie et pour créer une alliance psychologique. Le but est de faire prendre conscience de la gravité des actes commis et donc de responsabiliser.

Pour la première fois en France avec le Centre Clotaire, Benoît Durieux estime que les professionnels travaillent avec la justice et qu'ils ne subissent pas l'injonction ou l'obligation. Pour lui, les psychologues se servent justement de l'obligation judiciaire pour créer une machine à penser afin d'échanger avec la personne, servant ainsi à produire une interaction et une réflexion.

Benoît Durieux insiste sur le fait que la responsabilisation est fondamentale pour que le processus d'injonction fonctionne. Il estime que les auteurs de violences conjugales ne sont pas malades au sens psychopathologique mais malades au sens sociétal.

En revanche, en ce qui concerne les auteurs d'agression sexuelle, il soutient que la perversion relève de la psychopathologie mais qu'il existe un grand débat déontologique pour savoir si ladite perversion relève ou non de la maladie mentale.

Benoît Durieux exprime l'idée que pour les psychologues et psychiatres, la prise en charge des auteurs d'infractions est une vraie responsabilité. Il prône une complémentarité entre la justice et le soin et affirme qu'avec le Centre Clotaire et le Home des rosati, il y a une véritable correspondance entre le parquet et le milieu du soin.

Il explique qu'après s'être servi de l'injonction judiciaire, il faut construire avec le sujet un appareil psychique sans créer de clivage avec la justice.

Par ailleurs, la responsabilisation n'est possible qu'avec certaines structurations psychiques : les sujets névrosés.

Monsieur Durieux développe les différents troubles psychologiques :

- Les névroses sont les différentes phases de développement de l'être humain. Elles comprennent la phase orale, la phase anale, la phase phallique, la phase génitale. Il s'agit d'une structuration psychique basée sur le développement physique et psychique de l'enfant. En fonction des points de traumatismes durant les différentes phases de développement, il existera chez le sujet des points de fixation ou de cristallisation, créant ainsi des points de violence ;
- La perversion : le pervers comprend que sa mère n'est pas un objet sexuel mais il ne veut pas l'entendre, il dénie la réalité donc va régresser en dessus de la génitalité ;
- La psychose : le psychotique a l'angoisse de morcellement, il est en lutte perpétuelle pour ne pas être morcelé.

Sur l'injonction de soin, le sujet le plus problématique est le pervers qui peut prendre l'injonction comme une reconnaissance de ce qu'il a fait et de ce qu'il est. Le pervers oscille entre la conscience que ce qu'il fait est interdit et la preuve qu'il peut le faire. Il existe une sorte de fierté chez le pervers car l'injonction est une reconnaissance de son fonctionnement psychique.

Il relève que certaines personnes présentent un état limite : capacité à avoir des défenses névrotiques et des comportements psychotiques.

Pour Benoît Durieux, les auteurs d'infractions peuvent présenter un problème soit psychologique, soit physiologique soit sociétal. Lorsque l'origine du problème est sociétale, l'éducation peut être en cause.

Benoît Durieux conclut en exprimant qu'il est nécessaire qu'il y ait un esprit collaboratif entre la justice et les professionnels de santé, le but étant de transformer la contrainte en demande. Lorsqu'elle se transforme en demande, elle n'est plus subie comme une contrainte par le sujet. Il estime qu'il ne faut pas réfléchir en terme corporatiste mais en terme sociétal. Autrement dit, savoir ce que la justice et la santé peuvent apporter ensemble à la société. En effet, la justice et les soignants peuvent poursuivre un but commun s'ils font l'effort de créer ensemble l'appareil psychique. Il relève qu'une collaboration structurée entre médecine et droit est souhaitable.

INTRODUCTION.....	1
I. L'objet de l'étude.....	3
II. L'intérêt de l'étude.....	13
PARTIE 1 : POURSUIVRE A L'AUNE DE LA MEDICALISATION DU DROIT PENAL	17
TITRE 1 : L'influence de la médicalisation sur l'administration de la preuve pénale	19
Chapitre 1 : Les atteintes au corps lors de l'administration de la preuve.....	21
Section 1 : Les atteintes à l'intégrité de la personne	22
I. L'exploitation du corps et de ses éléments	22
A. L'exploitation du corps de la personne soupçonnée	23
1) L'existence d'une illusion de l'intervention du corps médical.....	23
a) La compétence excessive des officiers de police judiciaire.....	24
b) L'intervention restreinte du corps médical	25
2) L'aide à la recherche de l'identification de la personne	28
B. Les atteintes au corps de la victime.....	32
1) Le corps de la victime décédée.....	33
a) La mission initiale de la médecine légale	33
b) Le soutien à l'opération de qualification	34
2) Le corps de la victime vivante	36
II. L'exploitation des pensées.....	38
A. L'intégration controversée des neurosciences en droit pénal.....	38
1) L'étude du psychisme de la personne	39
2) Les recours aux neurosciences à titre de preuve pénale	41
B. L'utilisation controversée des neurosciences en droit pénal	42
1) Les possibilités offertes par les techniques neuroscientifiques	43
2) Les limites des techniques neuroscientifiques	44
Section 2 : Les entorses aux principes directeurs de la procédure pénale.....	46
I. Les atteintes aux droits de la défense.....	47
A. La protection insuffisante du droit de ne pas participer à sa propre incrimination	

1)	La consécration européenne du droit de ne pas participer à sa propre incrimination	47
2)	La violation manifeste du droit de ne pas participer à sa propre incrimination	50
B.	La protection insuffisante du droit de se taire	51
1)	La culture de l’aveu	52
2)	La naissance d’un aveu corporel	54
II.	Les atteintes aux garanties entourant la preuve.....	55
A.	La remise en cause de l’intime conviction	55
1)	L’intime conviction du juge criminel	55
2)	L’amointrissement de la liberté du juge	57
a)	La particularité des preuves scientifiques	58
b)	La nouvelle vision de l’intime conviction	59
B.	La remise en cause de la présomption d’innocence	60
1)	La force probante des procédés utilisés	61
2)	La naissance d’une présomption de culpabilité	62
Chapitre 2 : Les atteintes au consentement lors de l’administration de la preuve		65
Section 1 : Le contournement du consentement.....		66
I.	L’existence d’une contrainte indirecte	66
A.	Le mécanisme de contrainte indirecte	66
1)	L’assise légale de la contrainte indirecte	67
2)	L’atteinte à la liberté de consentir	69
B.	Les limites du mécanisme de contrainte indirecte.....	70
1)	Les lacunes quant à la nature de l’infraction	71
2)	Les lacunes quant aux modalités du recueil du consentement	72
II.	Le contrôle permissif de la contrainte indirecte	73
A.	L’appréhension souple du consentement par le Conseil constitutionnel	73
1)	Les interrogations relatives au recueil du consentement	73

2) Les réserves formulées par le Conseil constitutionnel	74
B. L'appréhension souple du consentement par la Cour européenne des droits de l'Homme.....	76
1) Le retentissement de l'affaire Aycaguer.....	76
2) Les conclusions de l'affaire Aycaguer	77
Section 2 : L'ignorance du consentement	78
I. Les contraintes directes.....	78
A. Les investigations imposées à la personne soupçonnée	79
1) Les fouilles corporelles internes	79
2) Les infractions sexuelles.....	80
B. Les investigations imposées à la personne mineure.....	82
1) Le statut des mineurs isolés étrangers	82
2) L'évolution du traitement du mineur isolé étranger	84
II. L'amenuisement de la loyauté	86
A. Les investigations menées à l'insu de la personne soupçonnée	87
B. Les atteintes à la loyauté	88
Titre 2 : L'influence de la médicalisation sur l'engagement de la responsabilité pénale	95
Chapitre 1 : L'émergence d'un droit pénal médical autonome	97
Section 1 : Le renouvellement des sources du droit pénal	98
I. La nécessité d'encadrer les évolutions médicales.....	99
A. L'adaptation du droit pénal aux évolutions médicales.....	101
1) Les dangers liés aux évolutions médicales	101
2) La nécessité d'une meilleure législation.....	103
B. Les difficultés inhérentes aux évolutions médicales	105
1) Le particularisme du progrès médical	105
2) Vers un droit prospectif ?	107
II. Les tentatives extra-légales d'encadrement des évolutions médicales.....	109
A. Les sources extra-légales juridiques.....	110

1)	Les sources supra-législatives indirectes	110
a)	L'encadrement par le Conseil constitutionnel	110
b)	L'encadrement international des évolutions médicales	113
2)	Les sources infra-législatives.....	115
B.	Les sources extra-légales éthiques	117
1)	Le rôle fondamental du Comité consultatif national d'éthique	117
2)	Le rôle des comités internationaux	118
	Section 2 : Le renouvellement des incriminations pénales	119
I.	Les incriminations générales.....	120
A.	L'incrimination de la sélection de l'homme	120
1)	Les pratiques eugéniques et le clonage.....	120
a)	Les pratiques eugéniques	121
b)	Le clonage reproductif	125
2)	Les infractions spécifiques en matière de sélection de l'homme	126
a)	Les crimes contre l'espèce humaine	127
b)	La mise en danger de la personne	129
B.	L'incrimination de l'instrumentalisation de l'homme.....	130
1)	Les atteintes aux mineurs et à la famille.....	130
a)	L'accès à la maternité	131
b)	L'encadrement de l'accès à la maternité.....	133
2)	Les infractions en matière de santé publique.....	136
a)	Les espoirs de survie des personnes malades	137
b)	L'encadrement de l'éthique biomédicale.....	139
II.	Les incriminations spéciales	141
A.	La répression traditionnelle des professionnels de santé.....	142
1)	La répression des atteintes à la déontologie médicale	143
2)	La répression de la faute commise par le professionnel de santé.....	146
B.	Les incriminations spécifiques imputables aux professionnels de santé.....	148

1)	La pratique médicale en dehors des autorisations de la loi	148
2)	L'exigence du consentement de la personne	150
	Chapitre 2 : L'émergence d'une appréhension médicale de la responsabilité pénale	153
	Section 1 : L'appréhension de la responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre	154
I.	L'imputabilité comme condition impérative de la responsabilité pénale.....	155
A.	La nécessaire pluridisciplinarité dans l'appréhension de la responsabilité pénale	156
1)	Les conceptions de la condition d'imputabilité.....	156
2)	L'apport des sciences de la santé mentale dans l'appréhension de l'imputabilité	157
B.	L'aide à la compréhension du phénomène criminel.....	159
1)	L'importance donnée aux expertises psychiatriques et psychologiques	160
2)	L'éclairage sur des comportements criminels	161
II.	Le discernement comme condition de l'imputabilité.....	165
A.	L'évaluation psychiatrique des troubles du discernement	165
1)	La gradation des troubles du discernement	166
2)	L'évaluation insuffisante des troubles du discernement.....	171
a)	Les critiques quant à la légitimité des expertises	172
b)	L'apport difficile de la preuve du trouble	174
B.	La remise en cause du mécanisme d'imputabilité.....	176
1)	Le choix d'une culpabilité sans imputabilité.....	177
a)	L'introduction de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.....	177
b)	La possibilité d'une simple imputation matérielle des faits.....	178
2)	Les conséquences de la culpabilité sans imputabilité.....	179
a)	La recherche d'un effet thérapeutique du procès pénal	180
b)	L'effet thérapeutique du procès pénal pour la victime	181
	Section 2 : L'appréhension de la responsabilité pénale exempte de libre arbitre	183

I.	La recherche contestable d'un déterminisme cérébral	184
A.	Le recours aux techniques neuroscientifiques.....	185
1)	L'impulsion étrangère de l'appréhension neuroscientifique	185
2)	Les dangers liés à l'adoption d'un déterminisme cérébral	188
B.	Les limites inhérentes aux techniques neuroscientifiques.....	192
II.	La résurgence d'un déterminisme génétique	193
A.	La résurgence des théories positivistes	193
1)	La théorie de Lombroso.....	194
2)	L'influence contemporaine de la théorie de Lombroso.....	196
B.	Les dangers liés à l'adoption d'un déterminisme génétique	197
PARTIE 2 : CONDAMNER A L'AUNE DE LA MEDICALISATION DU DROIT PENAL		
.....		201
TITRE 1 : L'influence de la médicalisation sur la peine		203
Chapitre 1 : Le développement du soin comme peine		205
Section 1 : L'émergence du recours judiciaire aux soins.....		205
I.	Les prémices du recours judiciaire aux soins.....	206
A.	Les justifications du recours judiciaire aux soins.....	206
1)	L'influence directe des idées de la Défense sociale nouvelle	206
2)	L'attachement au principe d'individualisation	209
B.	Le changement de paradigme de la peine	212
1)	L'aveu d'échec du traitement pénal classique	213
2)	L'objectif de prévention de la récidive	215
II.	Les limites du recours judiciaire aux soins	217
A.	Les limites quant aux personnes.....	217
1)	L'état psychiatrique ou psychologique de l'auteur de l'infraction.....	218
2)	Le traitement singulier des alcooliques et des toxicomanes.....	220
B.	Le traitement particulier des auteurs d'infractions sexuelles	222
1)	La création du suivi socio judiciaire.....	223

2) La prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles.....	226
Section 2 : La généralisation du recours judiciaire aux soins	229
I. La multiplication du recours aux soins comme alternative à l'enfermement.....	230
A. L'extension du domaine des soins pénalement ordonnés	231
1) L'extension du suivi socio-judiciaire	231
2) L'extension des soins pénalement ordonnés indépendamment du suivi socio-judiciaire.....	235
B. La collaboration imparfaite entre justice et santé.....	238
1) L'absence d'expertise médicale systématique.....	238
2) La sollicitation massive des professionnels de la santé mentale	242
II. La multiplication du recours aux soins comme modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement .	245
A. L'influence du soin sur la durée de la peine.....	246
1) L'importance du soin pour l'octroi des crédits réduction de peine	246
2) L'importance du soin dans la libération conditionnelle	249
B. L'influence du soin sur la durée fractionnée de la peine.....	252
1) La considération pour la santé de la personne détenue	252
2) L'importance de l'expertise médicale	256
Chapitre 2 : Le développement du soin contraint comme peine	261
Section 1 : Le recours à la contrainte	261
I. Le contournement du consentement	262
A. L'exclusion de la contrainte directe	262
1) L'affirmation du consentement aux soins	262
2) Le consentement comme exigence déontologique	264
B. Le recours à la contrainte indirecte	265
1) La contrainte hors les murs.....	265
2) La contrainte dans les murs	268
II. La nature du consentement contraint	269
A. Le glissement vers une justice pénale négociée	270

1) La recherche d'un consensualisme	270
2) La contractualisation de la sanction pénale	273
B. Le recueil contestable du consentement	275
1) La recherche d'un vice du consentement	275
2) Les modalités du consentement	278
Section 2 : Les limites du recours à la contrainte	280
I. L'efficacité relative des soins contraints	280
A. Les effets du défaut de consentement aux soins	280
1) Les effets du consentement aux soins	281
2) Les effets de la relation de confiance	283
B. Le renforcement des mesures de contrôle	285
1) La levée du secret médical	285
2) L'altération significative du lien de confiance	287
II. La durée contestable des soins contraints	289
A. La fixation critiquable de la durée des soins	290
1) La gravité de l'infraction	290
2) L'atteinte au principe d'individualisation	292
B. La difficile continuité des soins	293
TITRE 2 : L'influence de la médicalisation sur la dangerosité	297
Chapitre 1 : Les sciences médicales soutien des mesures de sûreté	299
Section 1 : La dangerosité, fondement des mesures de sûreté	300
I. L'appréhension de la dangerosité	300
A. L'évolution de la notion de dangerosité	301
1) Le concept d'état dangereux	301
2) Les différentes formes de dangerosité	303
B. L'assise juridique de la notion de dangerosité	306
1) Le recours à la notion de dangerosité	306
2) L'introduction des mesures de sûreté	309

a)	La création des premières mesures de sûreté	309
b)	Les nouvelles mesures de sûreté	311
II.	L'évaluation perfectible de la dangerosité	316
A.	L'évaluation médicale de la dangerosité	317
1)	Le recours systématique à l'expertise médicale	317
2)	Les limites de l'évaluation exclusivement médicale	320
B.	La pertinence d'une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité	323
1)	La création du Centre national d'évaluation.....	324
2)	La création des commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté	328
	Section 2 : La prise en charge de la dangerosité	331
I.	Les modalités de la prise en charge des personnes dangereuses	331
A.	Le lien étroit entre dangerosité et gravité de l'infraction	332
B.	Le lien étroit entre dangerosité et traitement curatif	334
1)	La systématisation du recours à l'injonction de soins	334
2)	La sollicitation des professionnels de la santé mentale	337
II.	Les incidences de la prise en charge de la personne dangereuse	338
A.	L'impact sur l'avenir de la personne dangereuse	339
1)	La durée critiquable des mesures de sûreté	339
2)	La surveillance exacerbée de la personne dangereuse.....	343
B.	L'impact sur les fondements du droit pénal	345
1)	L'émergence d'un droit pénal de la protection.....	345
2)	L'émergence d'un droit pénal de la prévention.....	347
	Chapitre 2 : Les sciences médicales sollicitées dans la prise en charge de la radicalisation .	353
	Section 1 : La radicalisation comme source de dangerosité <i>ante delictum</i>	356
I.	L'identification de la radicalisation	356
A.	Les causes de la radicalisation	357
1)	L'existence de causes hétéroclites	357
2)	Les apports limités des sciences de la santé mentale.....	360

B.	L'évaluation de la radicalisation	362
1)	La mise en place d'indicateurs de radicalisation	362
2)	La nécessaire pluridisciplinarité dans l'évaluation de la radicalisation.....	365
II.	La prise en charge préventive de la radicalisation	367
A.	La prise en charge préventive des mineurs	367
B.	La prise en charge préventive des personnes détenues	369
Section 2 : La radicalisation comme source de dangerosité <i>post delictum</i>		372
I.	Le recours aux mesures de sûreté traditionnelles.....	372
A.	L'application initiale du suivi socio-judiciaire.....	372
B.	L'extension des autres mesures de sûreté	374
II.	La création d'une mesure de sûreté spéciale.....	376
A.	La création d'une mesure judiciaire de prévention de la récidive.....	376
B.	L'émergence d'une nouvelle forme de dangerosité	379
CONCLUSION GENERALE		383
BIBLIOGRAPHIE		389
I.	Traité, manuels et ouvrages généraux	389
II.	Ouvrages spéciaux	391
A.	Thèses et monographies	391
B.	Ouvrages collectifs	395
III.	Articles de doctrine, chroniques et notes de jurisprudence	398
A.	Articles juridiques	398
B.	Articles médicaux.....	420
IV.	Rapports et avis.....	428
A.	Avis du CCNE.....	428
B.	Autres avis.....	429
C.	Rapports	429
INDEX ALPHABETIQUE.....		431
ANNEXE 1		435
ANNEXE 2		443

La médicalisation du droit pénal

Résumé

Envisager l'étude de la médicalisation du droit pénal peut sembler surprenant. En effet, le droit et la médecine sont des disciplines *a priori* antinomiques, elles ne poursuivent pas les mêmes finalités et leurs destinataires comme leur source d'autorité diffèrent. Cependant, ces deux matières sont traditionnellement associées, le couple justice-santé survit aux époques. L'équilibre de ce couple est difficile à trouver en raison de l'influence de la médecine sur le droit pénal. La médicalisation du droit pénal s'observe dans les deux temps forts de la procédure pénale : la poursuite et la condamnation. Historiquement, la médecine apporte son concours à la justice en matière de preuve avec l'activité médico-légale qui n'a cessé d'évoluer au gré des progrès scientifiques. Différents droits et libertés de la personne poursuivie sont alors remis en cause. Concernant le rôle du magistrat répressif, les conséquences sur l'intime convictions sont discutées. De plus, la responsabilité pénale s'en trouve impactée. La psychiatrie et plus récemment les neurosciences apportent un nouvel éclairage sur le phénomène criminel. L'idée selon laquelle la criminalité est une maladie entre dans le débat. Par ailleurs, le savoir médical a une approche spécifique du traitement du délinquant. C'est ainsi que le binôme soigner-punir voit le jour. Peut-on soigner l'auteur d'une infraction ou est-il incurable ? Ce qui justifierait de l'astreindre à des mesures de sûreté. Il existe une franche coexistence des robes noires et des blouses blanches mais cette interdisciplinarité soulève des interrogations. Le travail a pour objet de faire la lumière sur les rapports qu'entretiennent le droit et la médecine, de déterminer si le recours aux sciences médicales est nécessaire au droit pénal et surtout s'il entraîne une transformation profonde de la pénalité.

Mots clefs : médicalisation – sciences médicales – consentement – gravité – preuve – responsabilité – peines – incriminations – valeurs sociales – interdisciplinarité

The medicalization of criminal law

Abstract

It may be surprising to consider studying the medicalization of criminal law. Indeed, at first glance law and medicine are antinomic fields. They don't follow the same purposes, their recipients and their authorities are different. However, both of these fields are usually combined and the couple law-health survives times. Its balance is hard to find because of the influence of medicine on the criminal law. The medicalization of criminal law is seen in the two key moments of the criminal proceeding that is to say the lawsuit and the conviction. Historically, medicine makes its contribution to law regarding evidences thanks to forensic expertise which has always changed according to scientific progress. Different rights and freedoms of an individual are consequently questioned. The consequences on the firm conviction are discussed concerning the function of the repressive magistrate. Moreover, the criminal liability is also affected. Psychiatry and more recently neurosciences shed new lights on the criminal phenomenon. The idea that criminality is a disease enters into debate. Furthermore, medical knowledge has a scientific approach of the offender's treatment. Thus, the couple treat-punish comes to light. Can we treat the perpetrator or is he incurable? This would justify to oblige him to security measures. It exists a strong cohabitation between the judicial and the medical staff but this interdisciplinarity raises questions. The task is to get to the bottom of the relations between law and medicine, to determine if the help of medical sciences is necessary for criminal law, and above all, if it leads to a significant transformation of penalty.

Keywords : medicalization – medical sciences – approval – severity – evidence – responsibility – sentences – incriminations – social values – interdisciplinarity

Unité de recherche/Research unit : *Centre de Recherche Droits et Perspectives du Droit (CRDP) – L'Equipe de Recherches Appliquées au Droit Privé (L'ERADP), 1 place Déliot, 59000 Lille, crdp@univ-lille.fr, <https://crdp.univ-lille.fr/le-centre/presentation>*

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edoctrale74.univ-lille2.fr>*

Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>*