

---

## Le discernement en droit pénal

La doctrine enseigne habituellement que l'existence d'une infraction objectivement punissable et la constatation de la culpabilité du délinquant ne suffisent pas à entraîner la responsabilité pénale de l'agent. Il faut encore que cet agent soit « imputable », autrement dit « qu'il possède l'aptitude à répondre pénalement des conséquences de son comportement délictueux ». Le discernement, en ce qu'il participe largement à cette aptitude, jouerait donc un rôle central en droit pénal.

Mais quel sens faut-il attacher à la notion de discernement ? Que l'on se tourne vers le Code pénal de 1810 ou vers le nouveau Code pénal, la constat est la même : le législateur ne s'est jamais préoccupé de définir le discernement. Il y fait pourtant expressément référence lorsqu'il règle les questions essentielles que sont le traitement pénal du mineur délinquant (art. 122-8 CP), ou de l'individu souffrant d'un trouble psychique ou neuropsychique (art. 122-1 CP). *Discernere* avait, dans la langue latine, la signification de distinguer, comprendre la différence qui existe entre deux choses : *discernere alba et atra* (Cicéron), distinguer le blanc et le noir. C'est en ce même sens qu'il convient ici d'entendre cette notion. Le discernement, c'est le fait de comprendre la différence qui existe entre la valeur de telle action ou de telle autre. Mais à quel point de vue cette valeur doit-elle être appréciée ? Veut-on parler du discernement juridique, de celui qui consiste à savoir que tel fait est juridiquement prohibé ? Veut-on parler du discernement moral, de celui qui consiste à distinguer, au point de vue de la conscience, ce qui est bien de ce qui est mal ? Il semble que ce soit à la fois à chacune de ces notions que renvoie le terme de discernement. Ainsi, l'individu discernant serait celui qui se serait rendu compte de la valeur juridique et morale du fait qu'on lui reproche (en ce sens, v. R. Garraud, Précis de droit criminel). Ainsi définie, la notion de discernement ne doit pas être confondue avec celle de culpabilité : la culpabilité peut être caractérisée chez un individu dépourvu de discernement. Par exemple, le malade mental qui accomplit un homicide n'agit pas nécessairement dans tous les cas avec une totale inconscience ; il arrive souvent que non seulement il ait connaissance de l'interdiction pénale, mais aussi qu'il soit animé de l'intention de tuer. Simplement, privé d'une intelligence normalement constituée, il ne perçoit pas clairement la portée de son acte, et c'est la raison pour laquelle cet acte ne lui est, dans notre droit, pas imputable.

L'imputabilité constitue, quelle que soit l'infraction commise, une condition nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité pénale. L'opinion majoritaire la définit comme « l'existence chez l'agent d'une volonté libre et d'une intelligence lucide, c'est-à-dire la capacité de comprendre et de vouloir, le degré liminaire en dessous duquel le comportement délictueux ne saurait relever du droit pénal » (R. Merle, A Vitu, Traité de droit criminel). Le discernement, en tant qu'il constitue une composante essentielle de l'imputabilité, apparaît donc lui aussi comme une condition, générale, nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité pénale. La lecture des articles 122-8 et 122-1, excluant la responsabilité pénale des mineurs délinquants et des individus atteints de troubles psychiques ou neuropsychiques lorsqu'ils sont privés de discernement, confirme cette analyse.

Mais le discernement participe également d'une notion autre que celle d'imputabilité : la capacité pénale. Tandis que l'imputabilité est un concept juridique qui traduit la recherche de la sanction méritée par le délinquant au jour où il a commis l'infraction, la capacité pénale est un concept criminologique qui résume l'aptitude d'un délinquant à bénéficier de la sanction après son jugement. La notion de capacité pénale est ainsi irriguée par la question de l'avenir du délinquant et par les impératifs de sa resocialisation. Or, notre droit pénal prend également en compte la question du discernement en tant que composante de la capacité pénale. C'est ainsi par exemple qu'il institue de nombreuses peines ou mesures de sûreté, du type du suivi socio-judiciaire, ayant vocation à assurer le traitement du délinquant.

Le discernement occupe donc une place déterminante en droit pénal, au titre de l'imputabilité, mais aussi à celui de la capacité pénale. Dès lors, la question se pose de savoir dans quelles proportions et selon quelles modalités le droit pénal parvient à combiner double dimension du discernement.

L'observation nous conduit à constater que, si le défaut de discernement fait obstacle en tant que cause de non imputabilité à la mise en œuvre de toute responsabilité pénale (I), sa seule altération, prise en compte au titre de la capacité pénale, influe sur la teneur de la sanction applicable à la personne imputable (II)

### **I –Le défaut de discernement cause d'irresponsabilité pénale**

Le discernement constitue une condition sine qua non de la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction. Ainsi, son absence s'analyse en une cause d'irresponsabilité pénale. La doctrine n'est pas unanime quant aux mécanismes permettant d'aboutir à un tel résultat. Pour certains, le défaut de discernement ne fait pas obstacle à la constitution de l'infraction, mais intervient après coup, pour dégager son auteur de sa responsabilité. Pour d'autres, le discernement est une composante essentielle de l'élément moral de toute infraction (en ce sens, P. Conte et P. Maistre du Chambon). Ainsi, selon cette conception, le défaut de discernement empêche que l'infraction soit constituée. Reste que, dans les deux cas, le défaut de discernement aboutit à l'irresponsabilité pénale. Cette solution reçoit application lorsque la personne poursuivie souffre d'un trouble mental (A) ou lorsqu'elle est trop jeune pour comprendre ses actes (B).

#### **A) Le défaut de discernement résultant d'un trouble mental**

Les rédacteurs du Code pénal de 1810 énonçaient, dans le célèbre article 64, le principe selon lequel « il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ». Unanimement jugée imparfaite, la formulation du principe de l'irresponsabilité pénale des individus atteints d'un trouble mental ayant aboli leur discernement a été transformée par le nouveau code pénal. Désormais, L'article 122-1 alinéa premier du Code pénal énonce que « n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte au moment des faits d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ». Les conditions de l'admission judiciaire du trouble mental à titre de cause d'irresponsabilité pénale méritent d'être précisées (1) avant de considérer effets d'une telle admission (2).

##### *1) Les conditions de l'irresponsabilité pour trouble mental*

Le nouveau code pénal utilise l'expression de trouble psychique ou neuropsychique. Cette expression est plus large que le terme de démence employé par l'ancien article 64. Le législateur a ainsi entendu viser toutes les formes de troubles mentaux, quelles que soient leur origine ou leur nature, consacrant par là même l'interprétation extensive que la jurisprudence faisait de l'ancien art. 64. Le trouble psychique ou neuropsychique peut donc consister en n'importe quelle affection supprimant la conscience morale (démence, mais aussi formes diverses de délire, confusion mentale etc.), y compris les déficiences de l'intelligence (débilité profonde). Mais le trouble psychique ou neuropsychique peut également résulter d'une privation simplement temporaire du discernement. Il en va ainsi notamment du somnambulisme, naturel ou hypnotique, et de l'épilepsie : il est incontestable que l'individu atteint de telles crises agit en état d'inconscience. C'est à propos de l'ivresse que surgissent les plus délicats problèmes (quelle qu'en soit l'origine, l'alcool, les stupéfiants, les médicaments, des émanations de produits chimiques...). Peut-on imputer à un individu les infractions pénales qu'il commet sous l'empire de l'ivresse ? L'ivresse ayant aboli le discernement au moment de l'action, elle devrait faire obstacle à ce que soit recherchée la responsabilité pénale. Cependant, comme le relèvent P. Conte et P. Maistre du Chambon, la solution doit être nuancée. D'abord, il arrive que l'ivresse soit en elle-même constitutive d'une infraction (conduite sous l'empire d'un état

alcoolique par exemple). Dans cette hypothèse, de manière exceptionnelle, la privation du discernement ne fait pas obstacle à la constitution de l'infraction. Ensuite, dans les cas où l'ivresse a été recherchée (par exemple, le prévenu s'est enivré pour se donner du courage pour commettre son acte), la doctrine, parfois suivie par la jurisprudence n'excluent pas la responsabilité pénale de l'agent.

Quelle que soit son origine, pour constituer une cause d'irresponsabilité pénale, le trouble mental doit avoir provoqué la disparition totale du discernement de la personne. La perte totale du discernement se traduit par la perte de la capacité de comprendre, autrement dit d'interpréter ses actes dans la réalité. Les troubles mentaux qui ne font qu'altérer le discernement de la personne, sans le supprimer totalement, ne constituent pas des causes d'irresponsabilité pénale (sur ce point, v. infra IIA). En outre, pour dégager le prévenu de sa responsabilité pénale, la perte du discernement doit être concomitante à la commission de l'infraction. C'est en effet à cet instant précis que s'apprécie la responsabilité ou l'irresponsabilité pénale. Cette dernière condition présente indéniablement un aspect causal : le trouble mental doit être en relation de cause à effet avec l'infraction. Cependant, si un trouble mental exclusif de tout discernement survient après la commission de l'infraction, et alors qu'une procédure est en cours, l'action publique sera suspendue. Il n'est en effet pas concevable de juger une personne incapable de comprendre la procédure dont elle fait l'objet.

Dans tous les cas, l'existence d'un trouble mental exclusif de tout discernement est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. C'est en pratique l'expertise psychiatrique qui fournira la preuve du trouble mental. Cette expertise est d'ailleurs obligatoire en matière criminelle durant l'instruction. Le juge n'est pas lié en principe par les conclusions de l'expert. Cette autonomie doit cependant être nuancée, car, bien souvent, le juge est en fait dépendant d'éléments techniques qui échappent à sa compétence.

## 2) Les effets de l'irresponsabilité pour trouble mental

Le défaut de discernement trouvant son origine dans un trouble psychique ou neuropsychique constitue une cause subjective d'irresponsabilité pénale, qui peut être retenue pour toutes les infractions (crimes, délits et contraventions). La personne poursuivie ne relève alors plus du droit pénal ni, par conséquent, des tribunaux répressifs. Elle doit donc, selon que cette irresponsabilité est judiciairement constatée au stade de l'instruction ou du jugement, bénéficier d'une décision de non-lieu, de relaxe, ou d'acquiescement. Il convient toutefois de préciser que, s'agissant d'une cause subjective d'irresponsabilité, le trouble mental exclusif du discernement opère *in personam*, c'est-à-dire qu'il supprime seulement la responsabilité de l'agent, les co-auteurs et complices demeurant responsables. En outre, s'il fait obstacle à ce que soit retenue la responsabilité pénale, le trouble mental exclusif du discernement ne fait pas disparaître la responsabilité civile (art. 489-2 C.civ.), laquelle ne trouve pas son fondement dans l'idée de libre arbitre.

L'auteur d'une infraction déclaré pénalement irresponsable du fait d'un trouble mental n'échappe pas néanmoins à toute possibilité d'enfermement. En effet, l'art. L. 3213-7 du code de la santé publique impose aux autorités judiciaires qui estiment que l'état mental d'une personne déclarée pénalement irresponsable en raison d'un trouble mental et ayant bénéficié d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquiescement pourrait compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes d'en aviser immédiatement le préfet. Celui-ci doit alors prendre sans délai les mesures nécessaires, c'est-à-dire, le plus souvent, décider d'une hospitalisation d'office (art. L. 3213 du code de la santé publique). La personne déclarée irresponsable par les juridictions répressives peut ainsi être immédiatement placée en hôpital psychiatrique. La décision d'internement prise par l'autorité administrative est juridiquement indépendante de la décision de l'autorité judiciaire ayant conclu à l'irresponsabilité pénale : tout se passe comme si la décision concernait un individu n'ayant commis aucune infraction. Le défaut de discernement au

moment de la commission de l'infraction a donc pour résultat le dessaisissement du réseau pénal. Un retrait identique s'opère lorsque le défaut de discernement trouve son origine non plus dans un trouble mental, mais dans le jeune âge de l'auteur de l'infraction.

### B) Le défaut de discernement résultant du jeune âge

Déjà, en droit romain et dans notre ancien droit, on tenait compte de la « faiblesse naturelle du discernement » au cours des divers âges de l'enfance pour supprimer ou atténuer la peine encourue par les délinquants mineurs. L'évolution du droit a conservé son rôle central à la question du discernement dans la détermination de la responsabilité pénale des mineurs (1), rôle que le législateur du 9 septembre 2002 a consacré (2).

#### *1) Le discernement dans le droit des mineurs antérieur à la loi du 9 septembre 2002*

S'agissant de la responsabilité pénale des mineurs, le système initial du code napoléonien était entièrement gouverné par la notion de discernement. En effet, les juridictions répressives appelées à se prononcer sur la responsabilité pénale d'un mineur devaient rechercher s'il avait ou non agi avec discernement. Si tel n'était pas le cas, il devait être acquitté, mais le tribunal conservait alors la possibilité de prononcer des mesures éducatives non pénales (remise à parents ou placement dans une maison de correction). Si, au contraire, les juges considéraient que le mineur avait toute sa faculté de discernement, ils le condamnaient à une peine d'emprisonnement dont la durée était toutefois moins élevée que celle de la peine applicable aux majeurs. Mais à l'usage, la pratique judiciaire a complètement transgressé l'esprit de la loi. Il est en effet rapidement apparu que cette question du discernement procédait de vues trop systématiques : d'abord, la question du discernement était déformée par les tribunaux, qui déclaraient discernant un mineur qu'ils estimaient impossible à réduire et souhaitaient donc sanctionner, et non discernant le mineur auquel ils voulaient faire profiter des mesures éducatives ; ensuite, le mélange dans les maisons de correction de mineurs acquittés parce que non discernants, de mineurs condamnés et de jeunes majeurs avait un indéniable effet corrupteur (sur ce point, v. *Droit pénal général*, F. Desportes et F. Le Guehec p. 612).

Devant la faillite du système du discernement, l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante, qui constitue aujourd'hui encore le socle du droit pénal des mineurs, abandonne toute référence à cette notion. Inspiré par les systèmes de défense sociale, le législateur de 1945 décide de traiter le mineur délinquant comme un enfant en situation de danger : celui-ci ne peut faire l'objet que de mesures éducatives non répressives. Ces mesures éducatives devant nécessairement être prises dans l'intérêt du mineur, toute référence au discernement devient inutile.

Mais devant les dangers que recèlent les virtualités des systèmes de défense sociale, la Cour de cassation n'a pas suivi le législateur sur cette voie. La Haute Cour a en effet rétabli l'importance du discernement dans son célèbre arrêt Laboube du 13 décembre 1956. Dans cette affaire, relative à un garçon de 6 ans qui avait blessé un camarade de jeu, la Chambre criminelle considère que le prononcé d'une mesure éducative implique que « le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reprocher est établie ait compris et voulu cet acte », car « toute infraction suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté ». Il résulte de cet arrêt que le défaut de discernement du à l'extrême jeunesse, fait obstacle à ce que le mineur délinquant soit jugé par un tribunal pour enfants pour faire l'objet de mesures éducatives : l'*infans* est pénalement irresponsable. Cette solution prétorienne a été consacrée par la loi du 9 septembre 2002.

#### *2) Le discernement dans le droit des mineurs issu de la loi du 9 septembre 2002*

Selon le premier alinéa du nouvel article 122-8 du Code pénal tel qu'issu de la loi du 9 septembre 2002, « les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables »

*des crimes, délits et contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière, qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet* ». Ainsi, tout en proclamant la responsabilité pénale de principe pour les mineurs délinquants, le législateur du 9 septembre 2002 fait clairement du discernement une condition de la mise en oeuvre de cette responsabilité pénale.

S'il ne s'agit pas là d'une innovation et si l'on peut regretter que le législateur n'ait pas saisi l'occasion pour définir la notion de « discernement », il demeure que cette intervention législative est bienvenue. D'abord, le droit pénal des mineurs se devait de réintégrer la référence expresse au discernement, car, en réalité, jamais il n'a pu se passer de ce critère. Ensuite, cette consécration législative participe d'une « homogénéisation salutaire du droit » : le très jeune enfant est assimilé au point de vue juridique à une personne atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique, qui ne peut être responsable pénalement si ce trouble a aboli son discernement (v. J. Pouyanne, *Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs*, Dr. Pén. Chron. 14).

Ainsi, la position du droit pénal quant au défaut de discernement est désormais uniforme : le discernement est une condition sine qua non de la mise en oeuvre de la responsabilité pénale. Seule la preuve de l'absence de discernement diffère selon que l'on a affaire à un prévenu atteint d'un trouble mental ou à un prévenu mineur. En effet, « *toute personne est présumée discernante, sauf si elle établit son trouble mental au moment des faits ; si elle est mineure, la preuve de l'absence de discernement sera tellement aisée chez un petit enfant que l'on peut considérer la présomption comme inverse, et comme se renversant au fur et à mesure qu'elle grandit, sans qu'un âge puisse être fixé* » (J. Pouyanne op. cit.). Mais il demeure que l'absence de discernement a toujours pour résultat l'irresponsabilité pénale de la personne poursuivie, impliquant un mouvement de retrait du droit pénal. C'est pourquoi il importe de distinguer les situations dans lesquelles le discernement fait défaut, de celles dans lesquelles il est simplement altéré. En effet, dans ces dernières hypothèses, il n'est plus question d'irresponsabilité pénale, mais simplement d'adaptation de la responsabilité pénale.

## **II- L'altération du discernement, cause d'atténuation de la répression pénale**

Si le droit pénal ne fait pas de la simple altération du discernement une cause d'irresponsabilité pénale s'opposant à toute déclaration de culpabilité, il n'y est pas pour autant indifférent. En effet, l'altération du discernement sera prise en compte par le législateur et par le juge non seulement lors du prononcé de la peine, mais aussi lors de son exécution. Si l'on constate un affaiblissement de l'influence de l'altération du discernement sur le choix de la peine (A), la tendance inverse peut être observée lorsque l'on s'intéresse à son exécution (B).

### **A) L'influence décroissante de l'altération du discernement sur le choix de la peine**

L'influence de l'altération du discernement quant au choix de la peine se manifeste notamment dans l'hypothèse des troubles mentaux n'abolissant pas le discernement (1) et dans celle des mineurs délinquants non dénués de discernement (2)

#### ***1) L'influence du trouble mental partiel sur le choix de la peine***

Il existe de nombreux états intermédiaires entre la lucidité et l'abolition totale du discernement, que l'on désigne couramment par les termes d'« anomalie mentale » par opposition à l'aliénation. Les états morbides, la nervosité, l'hypersensibilité ou la neurasthénie en constituent quelques illustrations. De même, la « folie morale », et l'ivresse incomplète altèrent le discernement sans toutefois l'abolir totalement. Toutefois, définir avec précision les hypothèses dans lesquelles le discernement n'est pas aboli, mais simplement obscurci relève de la gageure. « *Comme le rappelle Musil dans l'homme*

*sans qualité à propos de la folie, natura non fecit saltus – la nature ne fait pas de sauts - elle aime les transitions, les situations intermédiaires entre l'aliénation et la lucidité. Or, le droit lui, aime les catégories bien définies. Il est difficile pour lui d'envisager une situation intermédiaire entre la responsabilité et l'irresponsabilité pénale. Dès lors, le médecin expert se trouve parfois dans une position extrêmement délicate lorsque le juriste lui demande si la personne atteinte d'un trouble mental conservait au moment des faits un discernement « suffisant » pour être déclarée pénalement responsable, même si cette responsabilité pourra être considérée comme atténuée » (F. Desportes et F. Le Gunehec, droit pénal général). Les troubles mentaux qui touchent à l'intelligence de la personne qui en est atteinte suscitent à cet égard d'importantes difficultés. En effet, il n'existe aucune règle venant préciser à partir de quel quotient intellectuel s'opère le passage de l'anomalie à l'aliénation mentale. Or, le droit pénal traite bien différemment l'un et l'autre cas.*

L'ancien code pénal n'envisageait que l'hypothèse de la démence privant l'individu de tout discernement et laissait donc entière la question de la maladie mentale qui obscurcit le discernement sans pour autant l'abolir. La jurisprudence avait donc pris pour habitude d'adopter un palliatif consistant à accorder des circonstances atténuantes. Le nouveau Code pénal comble cette lacune en prévoyant à l'art. 122-1 al.2 que l'existence, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant simplement altéré le discernement, est une « circonstance » dont les juges doivent tenir compte, lorsqu'ils déterminent la peine et en fixent le régime. Le sens de ce texte est en premier lieu négatif, puisque l'existence d'un trouble mental altérant le discernement ou le contrôle des actes n'est pas, à la différence du trouble mental abolissant le discernement, une cause d'irresponsabilité pénale. Les juges sont simplement invités par le législateur à tenir compte de l'altération du discernement dans la détermination de la peine (le quantum, les peines alternatives notamment) et la fixation de son régime (sursis avec mise à l'épreuve assorti de l'obligation de suivre un traitement médical, période de sûreté en matière criminelle). Il importe de préciser que l'art. 122-1 al.2 n'institue pas une cause légale de diminution de la peine (Crim. 5 sept. 1995). En outre, le législateur ne présente pas expressément l'existence d'un trouble mental altérant le discernement comme une cause d'atténuation de la responsabilité : rien n'interdit aux tribunaux, en présence d'un anormal mental particulièrement dangereux, de prononcer à son encontre, compte tenu justement de son trouble mental et du risque de récidive qui en résulte, une peine plus sévère que celle qu'ils auraient prononcée à l'encontre d'un criminel sain d'esprit. C'est d'ailleurs en ce sens que peut être interprétée la loi du 1<sup>er</sup> février 1994 instituant une période de sûreté perpétuelle pour les assassinats ou les meurtres d'enfants précédés ou accompagnés de viols ou de tortures ou d'actes de barbarie. D'autre part, s'agissant du cas particulier de l'ivresse incomplète, cette circonstance, bien qu'altérant le discernement, constitue bien souvent une cause d'aggravation de la peine plutôt qu'une source de clémence. Ainsi, depuis la loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, la conduite en état d'ivresse ou sous l'empire d'un état alcoolique, de même qu'après avoir fait l'usage de stupéfiants, constituent des circonstances aggravantes pour les délits d'homicide ou de blessures involontaires commis par un automobiliste (art. 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1 du Code pénal). Dans ces cas précis, l'auteur de l'infraction ne bénéficierait d'aucune atténuation de peine, bien que son discernement ait été altéré au moment de la commission de l'infraction. L'aggravation prévue par le législateur est cependant circonscrite à certaines infractions et ne vaut que pour des produits déterminés. L'altération du discernement au moment de la commission de l'infraction reste, de manière générale, et conformément à la volonté des rédacteurs du nouveau code pénal, une cause d'atténuation de la rigueur de la répression pénale.

## *2) L'influence du jeune âge sur le choix de la peine*

De même que pour l'individu atteint d'un trouble mental, il existe des états intermédiaires entre celui du mineur dénué de tout discernement et celui de l'adulte agissant en toute lucidité. Ce constat justifie en grande partie l'existence même d'un

droit pénal particulier aux mineurs délinquants. Le mineur non dénué de discernement, mais dont la pleine maturité n'est, par définition, pas encore acquise du fait de son jeune âge, et dont les facultés de discernement restent donc imparfaites, bénéficie en effet d'un traitement pénal adouci au regard de celui qui s'applique aux majeurs. Le législateur a adopté en la matière une position qui ne va pas sans rappeler le traitement pénal des auteurs d'infractions dont le trouble mental a simplement altéré le discernement. A la différence des mineurs dénués de discernement, ceux dont le discernement est simplement obscurci du fait de leur jeune âge sont pénalement responsables, en ce sens qu'ils sont susceptibles d'être déclarés coupables d'une infraction. En revanche, le législateur a estimé que les condamner à des peines serait inopportun. Il s'agit en effet de prendre en compte la situation de danger pour le mineur, et d'allier répression, prévention, protection et socialisation, souvent à propos d'un même individu, qui successivement ou simultanément est tout à la fois victime et délinquant. C'est pourquoi le principe est en la matière celui de la primauté de l'action éducative (principe à valeur constitutionnelle : décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002), principe qui n'apparaît pas étranger à la volonté de forger le discernement du mineur de manière à ce que celui-ci ne renouvelle pas l'infraction. Les mineurs dont la culpabilité a été reconnue doivent donc se voir appliquer en priorité des mesures de sûreté, de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation. Plus précisément, à l'encontre d'un mineur doté de discernement, les juges décideront, selon les circonstances et la personnalité du mineur, s'il convient de prononcer à son encontre une mesure éducative (s'il a moins de 10 ans), une mesure éducative ou une sanction éducative (s'il a entre 10 et 13 ans), une mesure éducative, une sanction éducative ou une peine atténuée (s'il a entre 13 et 18 ans). Ainsi, l'altération du discernement est source d'atténuation de la répression pénale.

Il ne faut cependant pas négliger que, si cette règle est toujours de mise, la loi du 9 septembre 2002 en a quelque peu estompé la vigueur. En effet, animé par la volonté d'offrir aux magistrats les moyens de réprimer plus efficacement la délinquance des mineurs, et plus particulièrement les comportements perpétrés par de jeunes mineurs, le législateur a saisi l'occasion de la loi du 9 septembre 2002 pour renforcer le dispositif répressif applicable aux mineurs. La pénalisation est donc renforcée à plusieurs égards. Parmi les nouveautés de la loi du 9 septembre 2002, se détache la création des « sanctions éducatives ». Il s'agit d'un troisième type de sanctions, intermédiaire entre les mesures éducatives et les peines, que les juges pourront choisir de prononcer dès l'âge de 10 ans, lorsque les circonstances et la personnalité du mineur l'exigeront. Elles ont pour vocation de punir et de protéger en même temps. Parmi ces nouvelles sanctions éducatives, on compte la confiscation de l'objet ayant servi à la commission de l'infraction ou qui en est le produit, l'interdiction de paraître dans certains lieux, l'interdiction de rencontrer les victimes de l'infraction ou les coauteurs ou complices pour une durée maximum d'un an, obligation de suivre un stage de formation civique, d'une durée qui ne peut excéder un mois et / ou enfin, mesure d'aide ou de réparation. La sanction éducative est en réalité très proche de la notion de peine, puisqu'elle rappelle certaines peines complémentaires ou alternatives de droit commun : confiscation, interdiction de séjour, injonction (art. 131-5 à 131-10 CP). La fin de l'exclusivité de la mesure éducative, ouvre une brèche importante dans la philosophie de l'ordonnance du 2 février 1945, et, ce faisant, révèle un affaiblissement de l'influence de l'altération du discernement sur la répression pénale.

Ainsi, que l'on se tourne vers le traitement pénal des anormaux mentaux ou vers celui des mineurs délinquants, on observe un affaiblissement de la prise en compte dans le choix de la peine de la simple altération du discernement. Un équilibre reste cependant préservé grâce à une influence croissante de l'altération du discernement au niveau de l'exécution de la peine.

## B) L'influence croissante de l'altération du discernement sur l'exécution de la peine

Nous avons vu que la seule altération du discernement conduit à une simple atténuation de la répression pénale. A ce titre, il convient d'ailleurs de souligner que la tendance contemporaine est davantage à l'accroissement du nombre d'hypothèses où le discernement est jugé altéré, son abolition apparaissant de plus en plus exceptionnelle. En outre, le discernement peut tout à fait se trouver altéré en cours d'exécution de la peine. Ces deux données impliquent que les services d'exécution de la peine ont souvent à connaître de condamnés, mineurs ou anormaux, nécessitant un suivi psychiatrique. Inspiré par la doctrine de la défense sociale, la tendance contemporaine du droit pénal consiste à soumettre l'exécution de la peine de ces condamnés à un régime dérogatoire tenant compte de l'altération de leur discernement. Cette tendance se manifeste tant dans l'aménagement de l'exécution des peines (1), que dans l'apparition de mesures de sûreté (2).

### *1) L'aménagement de l'exécution des peines*

L'altération du discernement due à un trouble psychique ou neuropsychique ou au jeune âge a donné lieu à la mise en place de nombreux aménagements du régime d'exécution des peines.

Des efforts ont d'abord été accomplis afin que le traitement pénal du malade mental soit médicalisé. Lors de la répartition des condamnés dans diverses prisons, il est tenu compte de leur santé mentale pour les affecter dans des établissements ou des quartiers d'établissements ayant une vocation sanitaire, où ils reçoivent les soins adaptés à leur état. Notamment, les condamnés pour meurtre ou assassinat de mineur de quinze ans, précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, et les condamnés pour viol, agressions sexuelles ou autres atteintes sexuelles pratiquées à l'encontre d'un mineur doivent subir leur peine dans des établissements pénitentiaires permettant de les soumettre à un traitement médical et psychologique adapté (art. 718 al.2 CPP). La médecine psychiatrique en milieu carcéral s'est, depuis quelques années beaucoup améliorée. Des secteurs psychiatriques en milieu pénitentiaire ont été créés en 1986. Une vingtaine de maisons d'arrêt en sont dotées à ce jour. Ces services, qui sont en particulier chargés de prodiguer les traitements psychiatriques appropriés à tous les détenus, prévenus ou condamnés, rendent possible, dans les limites du système carcéral, le traitement des anormaux mentaux. La loi du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale confie par ailleurs aux hôpitaux publics la responsabilité de l'ensemble des soins médicaux en milieu pénitentiaire, ce qui est, comme le relèvent F. Desportes et .F. Le Gunehec, de nature à améliorer leur qualité et leur efficacité. La loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 a parachevé cette évolution en prévoyant que toute personne détenue atteinte de troubles mentaux devrait être hospitalisée, non plus dans un établissement pénitentiaire, mais dans un établissement de santé, au sein d'une unité spécialement aménagée (art. L. 3214-1 à L. 3214-5 du Code de la santé publique).

Le trouble mental est également pris en considération en matière de sursis avec mise à l'épreuve, qui peut être assorti de l'obligation de suivre un traitement médical (article 132-45 du Code pénal). Le fractionnement de la peine, pour motif médical (article 132-27 du Code pénal) et la semi-liberté (article 132-25) sont aussi envisageables. Enfin, la libération conditionnelle du détenu peut s'accompagner d'un certain nombre d'obligations imposant notamment au probationnaire de suivre un traitement médical.

En outre, il convient de préciser, même si cela dépasse le cadre de l'altération du discernement, que si le discernement vient à être totalement aboli après une condamnation définitive, les peines privatives de liberté cessent de recevoir exécution. Si le détenu est déjà incarcéré, il ne peut être maintenu dans un établissement pénitentiaire et doit être interné sur décision du préfet (art. D. 398 CPP). Il ne faut cependant pas se méprendre, cette solution ne s'explique pas par l'irresponsabilité pénale : au moment de la commission de l'infraction, l'agent avait le discernement ; elle procède de

l'irresponsabilité tardivement survenue, qui prive la sanction pénale de toute signification.

Les peines qui auraient été prononcées contre des mineurs - nous avons vu précédemment que cette possibilité demeure - obéissent également à des modalités d'exécution dérogatoires. La loi du 9 septembre 2002 prévoit notamment que l'emprisonnement est subi par les mineurs soit dans un quartier spécial d'un établissement pénitentiaire garantissant un isolement complet d'avec les majeurs, soit dans un établissement pénitentiaire pour mineurs. Enfin, pour le cas où le tribunal prononcerait un sursis avec mise à l'épreuve, il peut ordonner que celui-ci sera exécuté dans un centre éducatif fermé. Créés par la loi du 9 septembre 2002, ces centres ont pour particularité de permettre des mesures de surveillance et de contrôle pour assurer un suivi éducatif et pédagogique renforcé adapté à la personnalité du mineur.

## *2) L'apparition de nouvelles mesures de sûreté*

Le droit pénal contemporain ne s'est pas contenté d'aménager le régime de droit commun de l'exécution des peines pour prendre en compte l'altération du discernement. Le législateur a également mis en place des mesures de sûreté nouvelles spécifiques à cet état. Il s'agit notamment du suivi socio judiciaire et de la période de sûreté.

La loi du 17 juin 1998 a mis en place, de manière à traiter plus efficacement la délinquance sexuelle, la mesure du suivi socio judiciaire. Comme nous l'avons vu, les délinquants sexuels ne sont pas considérés comme pénalement irresponsables. Bien que l'on admette que leur discernement soit altéré, ils sont exposés à des peines très lourdes. Le dispositif mis en place par la loi du 17 juin 1998 part du principe selon lequel le délinquant sexuel est souvent un malade qui s'ignore, ce qui suggère de lui proposer fermement un traitement auquel il n'aurait pas spontanément songé. Ainsi la nouvelle mesure du suivi socio-judiciaire contribue à accroître sensiblement les pouvoirs du juge pénal dans le traitement de ce type de délinquance. Le juge de l'application des peines (JAP) est le pivot du système. Il s'est vu doter de pouvoirs juridictionnels : selon les articles 131-6 et suivants du Code pénal, le JAP peut non seulement moduler les obligations mises à la charge du délinquant sexuel par la juridiction de jugement, en les aggravant ou en les allégeant, mais il dispose aussi de la possibilité de sanctionner l'inobservation de ces obligations par le prononcé d'un emprisonnement immédiat. Le suivi socio-judiciaire peut comprendre une injonction de soins (article 131-36-4 du Code pénal), ainsi que l'interdiction pour le délinquant sexuel de paraître dans certains lieux, ou d'exercer certaines activités professionnelles impliquant un contact avec les mineurs (article 132-36-2 du Code pénal). La mise en œuvre de l'injonction de soins implique la désignation par le JAP d'un médecin coordinateur qui fera le lien entre le magistrat et le médecin traitant du délinquant. Ce lourd dispositif, dont les décrets d'application ne sont intervenus que le 18 mai 2000, a suscité un vif débat parmi les psychiatres. En effet, certains redoutent que l'efficacité du traitement, assise sur la relation de confiance avec le médecin, ne soit hypothéquée par l'obligation faite au médecin de prévenir les autorités en cas de risque de récidive, conformément à l'article L. 355-35 du Code de la santé publique. Quoiqu'il en soit, le suivi socio-judiciaire associé au fichier des empreintes génétiques des délinquants sexuels témoignent d'une volonté de prévention de la récidive, qui passait nécessairement par un contrôle accru du juge pénal sur le sort des malades mentaux.

C'est également dans cette perspective que doit être regardée la loi du 1<sup>er</sup> février 1994 instituant une période de sûreté perpétuelle pour les assassinats ou les meurtres d'enfants précédés ou accompagnés de viols ou de tortures ou d'actes de barbarie. La période de sûreté est une mesure ayant pour objet de faire échec, pendant sa durée, à l'octroi de toute mesure d'individualisation de la peine. Elle fait ainsi obstacle à l'application des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle. Quant aux réductions de peine qui seraient accordées pendant la période

de sûreté, elles ne seront imputées que sur la partie de la peine excédant cette durée. Lorsque l'infraction commise consiste en un meurtre en un assassinat d'un mineur de quinze ans précédé ou accompagné de viol ou de tortures et d'actes de barbarie, la cour d'assises peut soit, si elle prononce une peine à temps, d'appliquer une période de sûreté à la durée totale de cette peine, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, de porter la période de sûreté à 30 ans au lieu de 22 ans ou de décider que le condamné ne pourra jamais bénéficier d'une mesure d'individualisation de la peine, autrement dit, qu'il sera soumis à perpétuité au régime de sûreté. En outre, si une période de sûreté de trente ans a été prononcée, aucun aménagement de celle-ci n'est possible avant que le condamné en ait exécuté les deux tiers. Si une peine de réclusion perpétuelle a été déclarée incompressible, la révision ne peut intervenir qu'à l'expiration d'une période de trente ans. Le juge de l'application des peines doit alors saisir un collège de trois experts médicaux désignés par le bureau de la Cour de cassation. Au vu de leur avis, une commission de cinq magistrats de la Cour de cassation apprécie s'il y a lieu de mettre fin à l'application de la décision de la Cour d'assises. Ces dispositions spéciales ont pour but avoué d'écartier tout risque de récidive en matière d'agressions sexuelles sur enfants, risque qui est insupportable. L'altération du discernement peut donc justifier non plus une atténuation de la répression pénale, mais, au contraire, un affermissement de cette dernière. De nombreuses critiques ont été formulées à l'encontre de ces peines perpétuelles incompressibles, et notamment, on a reproché à ces mesures d'exclure tout aménagement pouvant tenir compte de l'évolution de la personnalité du condamné, préférant en assurer l'élimination.

Voilà qui illustre toute la difficulté de la prise en compte du discernement par le droit pénal. Il s'agit en effet de concilier les enjeux peu compatibles que sont, d'une part, la nécessaire prévention des infractions et, d'autre part, l'objectif d'humanisation. S'il est certain que le principe de l'irresponsabilité pénale du non discernant témoigne d'une humanisation, il reste encore beaucoup à faire pour la prise en charge de la maladie mentale dans les prisons.