



Existe-t-il encore en France des alternatives à l'enfermement ?

Le tropisme pour l'enfermement en France : le juge ferme est-il celui qui enferme ?

Clément SCHOULER

Magistrat, clement.schouler@laposte.net

Résumé : Le nombre de personnes détenues dans des établissements pénitentiaires français n'a jamais été aussi élevé qu'en 2024. Ce chiffre ne doit toutefois pas masquer la réalité du tropisme que connaît le pays des droits de l'Homme pour l'enfermement.

Mots clés : personnes détenues ; établissements pénitentiaires français ; tropisme enfermement

Abstract : The number of people detained in French penitentiary establishments has never been as high as in 2024. This figure should not, however, mask the reality of the human rights country's tropism for confinement.

Keywords : people detained French penitentiary establishments tropism for confinement

Classification JEL : K 14, K 40

Qu'il s'agisse des malades mentaux en soins psychiatriques, des étrangers en rétention administrative, des gardés à vue, des détenus provisoires en attente de jugement ou de ceux qui exécutent une peine délictuelle ou criminelle, c'est vraisemblablement plus d'un million de personnes qui sont légalement enfermées entre quatre murs chaque année sur le territoire national de la République française.

L'enfermement, s'il n'est donc pas que pénal et répressif, n'en occupe pas moins une place centrale dans le système répressif français.

Cette réalité ne doit pas empêcher de continuer à concevoir, dans le cadre de l'État de droit, des alternatives à l'enfermement carcéral qui n'ont pas toutes démontré leur pertinence de même que l'enfermement répressif n'a toujours pas démontré son efficacité.

Des pistes inexplorées qui pourraient être efficaces existent pourtant, tel le *numerus clausus* carcéral.

Enfin, si la prison représente le cœur du système répressif en France, le fait qu'il existe un lien si étroit et consubstantiel entre enfermement et répression pénale oblige à interroger la notion de responsabilité pénale et les dispositifs qui permettent de la limiter et, partant, de limiter la répression pénale elle-même.

En effet cette dernière n'a jamais démontré son efficacité dans la lutte que les sociétés mènent légitimement contre la délinquance et la criminalité.

L'enfermement dans notre société n'est pas que carcéral, loin de là.

Certes, 77 450 personnes étaient incarcérées dans les établissements pénitentiaires français au 1^{er} avril 2024, ce qui correspond à un record absolu¹ qui sera certainement dépassé au moment où seront publiées ou lues ces lignes.

Ce chiffre du reste ne cesse de croître : + 2,8 % entre le 1er avril 2022 et le 1er avril 2023, + 6 % entre le 1er avril 2023 et le 1er avril 2024, soit plus qu'un doublement du taux de croissance d'une année sur l'autre.²

Cependant, il ne faut pas oublier les 800 000 gardés à vue chaque année, les 76 000 hospitalisations sous contrainte par an, les 50 000 placements en rétention administrative annuels d'étrangers en situation irrégulière.

Au total, c'est donc vraisemblablement environ un million de personnes qui sont légalement enfermées entre quatre murs chaque année sur le territoire national de la République française.

Ce tropisme pour l'enfermement est évidemment très éloigné du paroxysme atteint pendant la crise épidémique de 2020 et 2021, lors de laquelle ce sont des populations entières qui, des semaines durant, ont été enfermées dans leurs domiciles, soumises pour certaines, comme en France, à ce qu'on a appelé un confinement particulièrement strict, étant rappelé que notre droit positif ne connaissait jusqu'alors ce terme de confinement qu'à travers les articles R. 57-7-5 et suivants du code de procédure pénale, qui évoquent la possibilité de condamner le détenu à une peine disciplinaire de « confinement en cellule individuelle » (Il s'agit de la peine la plus lourde avant la célèbre « mise en cellule disciplinaire », plus couramment appelée « mitard »).

L'enfermement n'est donc évidemment pas que pénal et répressif. Il en existe de nombreuses formes. Toutes n'occasionnent pas l'intervention du juge judiciaire pourtant gardien de la liberté individuelle, ainsi que le proclame l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, comme celles qui prévalent dans les internats, les casernes, les monastères, les familles ou à l'occasion des états d'urgence sanitaires ou autre.

Le juge judiciaire joue pourtant un rôle central et parfois paradoxal : il est tout à la fois gardien de la liberté individuelle et ordonnateur des mesures qui la suspendent de la façon la plus radicale, comme celles qui conduisent à l'enfermement qu'il soit ou non répressif.

Le juge civil intervient en effet désormais comme instance qui contrôle et ordonne l'enfermement non répressif des étrangers en situation irrégulière sur le territoire national et des malades mentaux en soins sous contrainte (1).

Toujours est-il que l'enfermement a un caractère central dans le système répressif français (2), ce qui n'empêche pas pour autant de continuer à concevoir des alternatives à l'enfermement carcéral, y compris celles qui en passent par des limitations de la responsabilité pénale (3).

En effet, si la prison représente le cœur du système répressif, le fait qu'il existe un lien si étroit et consubstantiel entre enfermement et répression pénale oblige à interroger la notion de responsabilité pénale et les dispositifs qui permettent de la limiter et donc de limiter la répression pénale elle-même.

1 Statistiques mensuelles de la population détenue et écrouée, statistiques pénitentiaires du ministère de la justice de la République française <https://www.justice.gouv.fr/documentation/etudes-et-statistiques/statistiques-mensuelles-population-detenu-ecrouee-0>

² Le nombre de personnes détenues en France qui est passé de 71053 au premier avril 2022 à 73080 au premier avril 2023, et à 76766 au premier mars 2024, soit une croissance sur moins de deux ans de plus de 8%.

1. L'enferment civil des étrangers et des malades mentaux

1.1. Les étrangers

C'est le juge judiciaire qui contrôle la rétention administrative des étrangers en France.

En réalité ce contrôle, pourtant l'essentiel, ne porte que sur la régularité de la procédure, car aussi étonnant que cela puisse paraître, en la matière, c'est la privation de liberté qui est la règle et la liberté l'exception.

En effet, si le juge ordonne une première prolongation de la rétention, celle-ci court pour une période de vingt-huit jours à compter de l'expiration du délai de quarante-huit heures à compter de la décision administrative de placement en rétention. Cette décision a pour but l'exécution de la décision d'éloignement dont fait l'objet l'étranger lorsqu'il ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement et qu'aucune autre mesure n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision¹, étant précisé que le risque de soustraction doit être apprécié au regard de critères alternatifs si larges et si nombreux que tout étranger en situation irrégulière présente par définition un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement².

La seule possibilité réelle et concrète qu'a donc le juge de ne pas prolonger la rétention administrative est de remplir son office prévu par l'article L743-12 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui dispose qu'en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, le juge des libertés et de la détention, saisi d'une demande sur ce motif ou qui relève d'office une telle irrégularité, ne peut prononcer la mainlevée du placement ou du maintien en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter substantiellement atteinte aux droits de l'étranger, dont l'effectivité n'a pu être rétablie par une régularisation intervenue avant la clôture des débats.

Il est à noter que la rédaction de cette disposition législative a évolué dans le sens de la limitation de la possibilité pour le juge de prononcer la main levée de la rétention administrative par l'effet de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 dite « pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration ».

En effet, avant cette, loi cet article prévoyait de façon moins restrictive des droits de l'étranger qu'en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, le juge des libertés et de la détention, saisi d'une demande sur ce motif ou qui relève d'office une telle irrégularité, ne pouvait prononcer la mainlevée du placement ou du maintien en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger, sans condition d'atteinte substantielle aux droits de l'étranger ni possibilité de régularisation a posteriori par l'administration introduites par la loi immigration du 26 janvier 2024.

Ces dispositions, ont été fortement impactées par un arrêt du 8 novembre 2022³ de la cour de justice de l'union européenne qui s'impose à toutes les juridictions nationales qui seraient saisies d'un problème similaire. Cet arrêt souligne en effet qu'en matière de rétention des étrangers, le législateur de l'Union a instauré, au nom du principe de protection juridictionnelle effective, des normes communes procédurales ayant pour finalité d'assurer qu'il existe, dans chaque État membre, un régime qui permet à l'autorité judiciaire compétente de libérer, le cas échéant, après un examen d'office, la personne concernée dès qu'il apparaît que sa rétention n'est pas, ou plus, légale. Il s'ensuit que l'autorité judiciaire compétente pour contrôler la légalité d'une mesure de rétention doit prendre en considération l'ensemble des éléments, notamment factuels, portés à sa connaissance, et, sur la base de ces éléments, relever, le cas échéant, la méconnaissance d'une condition de légalité découlant

¹ Cf. L741-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

² Ces critères sont ceux de l'article L612-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

³ Arrêt de la cour de justice de l'union européenne (grande chambre) cjue, 8 novembre 2022 rendu dans les affaires jointes C-704/20 et C-39/21, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid

du droit de l'Union, quand bien même cette méconnaissance n'aurait pas été soulevée par la personne concernée.

Cette obligation, faite au juge du contrôle et de la prolongation de la rétention administrative qu'est le juge judiciaire des libertés et de la détention en France, de relever d'office des moyens d'illégalité de la mesure de rétention, quand bien même cette méconnaissance n'aurait pas été soulevée par la personne concernée issue de cet arrêt de la cour de justice de l'union européenne du 8 novembre 2022, est désormais singulièrement limitée par la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 dite « pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration », qui interdit au juge de prononcer la mainlevée du placement ou du maintien en rétention lorsque l'irrégularité qui l'affecte n'a pas eu pour effet de porter « substantiellement atteinte aux droits de l'étranger » et lorsque l'effectivité de ces droits a pu être rétablie par une régularisation intervenue avant la clôture des débats, donc, le cas échéant, à l'audience après que le moyen d'irrégularité a été soulevé d'office par le juge ou par l'étranger, ce qui peut sembler pour le moins cocasse et autorisant des pratiques d'une loyauté douteuse au regard des usages et des règles qui régissent les débats judiciaires qui doivent en tout respecter le principe de la contradiction.

Il appartiendra à la jurisprudence de préciser les contours admissibles de telles limitations au pouvoir d'appréciation du juge dans son contrôle de la régularité de la décision de placement en rétention administrative de l'étranger en situation irrégulière sur le territoire national au regard notamment de la décision de la cour de justice de l'union européenne susmentionnée.

Par ailleurs, s'il existe la possibilité pour le juge d'assigner à résidence l'étranger comme alternative à la rétention, il est à noter que cette possibilité est purement symbolique, l'étranger en situation irrégulière ne disposant par définition en général ni de résidence, ni de garanties de représentation sur le territoire national¹.

Est du reste affichée la volonté gouvernementale d'augmenter le nombre de places dans les centres de rétention administrative avec la création de plusieurs centres de rétention administrative supplémentaires d'ici 2027. Ils seront localisés à Dijon, Oissel, Nantes, Béziers, Aix-en-Provence, Goussainville, Nice, Olivet, Mérignac, à Mayotte ainsi que dans le Dunkerquois et un doublement de la capacité des centres de rétention entre 2017 et 2027².

La Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté a pu considérer que, même dans les centres de rétention administrative les plus récents comme celui de Lyon (centre de rétention administrative N°2), l'hébergement et les conditions de prise en charge ne respectent pas la dignité des personnes retenues³.

En effet, selon la Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté, les personnes retenues sont enfermées 22 heures sur 24 dans leur bloc, n'en sortant que le temps des repas et pendant le créneau horaire d'une heure, seul temps dont disposent les retenus pour se soigner, exercer leur droit au recours, acheter des produits de première nécessité, préparer leur retour dans leur pays d'origine et accéder à leurs effets personnels.

La Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté a constaté une forme de dévoiement de moyens médicaux à d'autres fins. En effet, au moment du contrôle, 64 des 106 retenus présents au centre de rétention administrative n°2 de Lyon recevaient chaque jour un traitement par Lyrica, médicament uniquement indiqué dans les douleurs neuropathiques et les crises épileptiques partielles, associé à du Diazepam. Or d'un point de vue épidémiologique, il est impossible que ces pathologies se retrouvent dans de telles proportions au sein d'une population jeune comme celle des étrangers retenus. La Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté en conclut que ces spécialités sont

¹ L'article L743-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que le juge des libertés et de la détention peut ordonner l'assignation à résidence de l'étranger lorsque celui-ci dispose de garanties de représentation effectives.

² <https://www.interieur.gouv.fr/actualites/communiqués-de-presse/augmentation-de-capacite-des-centres-de-retention-administrative>

³ <https://www.cgpl.fr/2023/rapport-de-visite-du-centre-de-retention-administrative-n2-de-lyon-rhone/>

administrées sans nécessité médicale, ces substances étant de nature à provoquer des atteintes graves à la santé des personnes concernées.

Pendant la visite de la Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté, deux personnes retenues avaient été frappées par deux policiers dans un bloc. Les contrôleurs ont visionné les images de vidéosurveillance qui ne révèlent aucune menace physique des retenus et informé le chef de centre par intérim de ces faits. Au départ des contrôleurs, aucune suite particulière n'avait été accordée à l'incident ni ne semblait envisagée.

Enfin, la Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté a constaté que le centre de rétention administrative n°2 de Lyon disposait de matériel de contention de psychiatrie qui est utilisé par les policiers pour attacher au lit les personnes mises à l'écart. Selon la Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté, la détention, comme l'utilisation de matériel médical de contention par des policiers, est totalement illégale¹ et met en danger l'intégrité physique des personnes soumises à ce traitement inhumain et dégradant ainsi que la responsabilité de ceux qui se livrent à cet acte.

Il est troublant de relever que ces constatations ont précédé deux décisions, l'une du juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Lyon du 14 février 2024, l'autre de la première présidente de la cour d'appel de Lyon du 16 février 2024². La première déclare la procédure irrégulière pour atteinte à ses droits fondamentaux d'un étranger retenu au centre de rétention administrative n°2 de Lyon et dit n'y avoir lieu à la prolongation du maintien en rétention, aux motifs que l'étranger a déclaré « ils m'ont frappé pour me mettre en contention » et a déposé plainte entre les mains du procureur de la République de Lyon étayée par certificat médical mentionnant que l'étranger présentait « peut-être après un choc une rétention urinaire nécessitant la pose d'une sonde urinaire ». La seconde décision, prise sur appel interjeté contre la première, s'offusque contre la décision prise en première instance au point de l'annuler en relevant d'office la « particulière partialité du juge » qui aurait osé fonder sa décision sur « des doléances » et « une plainte sans valeur probatoire » ainsi que sur « un certificat médical impropre à venir les étayer sans d'autres éléments supplémentaires extrinsèques ». Cependant, la déléguée de la première présidente de la cour d'appel de Lyon a semble-t-il omis de relever qu'au titre d'« éléments supplémentaires extrinsèques » les constats alarmants sus-évoqués³ de la Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté au centre de rétention administrative N°2 de Lyon avaient été explicitement rappelés par le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Lyon dans les motifs de son ordonnance annulée⁴.

¹ L. 3222-5-1 du code de la santé publique dispose que l'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours et ne peuvent concerner que des patients en hospitalisation complète sans consentement

² <https://www.courdecassation.fr/decision/65d489f1b9ed1b0008c66b17>

³ Sur cette affaire relative à la plainte d'un retenu qui affirme avoir été victime de coups sur ses organes génitaux par un policier, alors qu'il était attaché, cf. l'article de Rue 89 du 10 mars 2024 <https://www.rue89lyon.fr/2024/03/10/violences-policieres-apres-plainte-cra-justice-contredit/> ainsi que le communiqué de l'observatoire de l'enfermement des étrangers du 12 avril 2024 <https://www.gisti.org/article7214#nb2>. Sont membres de l'observatoire de l'enfermement des étrangers : Acat-France, ADDE, Anafé, Cercle des voisins du CRA de Cornebarrieu, Comede, Droits d'urgence, Fasti, Gisti, La Cimade, LDH, Le Paria, Mrap, Observatoire du CRA d'Oissel, Observatoire du CRA de Palaiseau, Syndicat de la magistrature, Syndicat des avocats de France + le Secours Catholique et l'OIP (Observatoire international des prisons - section française).

On pourra également se référer à l'article de Lionel Perrin paru le 23 mai 2024 dans Mediapart *Au « CRA du futur » de Lyon, les plaintes pour violences policières tombent dans l'oubli* <https://www.mediapart.fr/journal/france/230524/au-cra-du-futur-de-lyon-les-plaintes-pour-violences-policieres-tombent-dans-l-oubli>

⁴ « Attendu en outre que la pratique de pose de contention en centre de rétention apparaît contraire aux conditions élémentaires de dignité en centre de rétention, ainsi que notamment relevé dans rapport du contrôleur général des lieux de privation et de liberté (CGLPL) en date du 23 juin 2023 publié au journal officiel et relatant ce genre de difficultés au CRA2 de Lyon »

1.2. Les malades mentaux

L'usage à tout le moins contestable de médicaments psychotropes et de contentions médicales dans les centres de rétention administrative permet un rapprochement entre le sort des étrangers en situation irrégulière placés dans des centres de rétention administrative et les malades mentaux soignés sans leur consentement.

Au-delà des transgressions du même type dont les uns ou les autres peuvent être parfois victimes, c'est bien leur juge qui les rapproche : c'est en effet le juge des libertés et de la détention statuant en matière civile et bientôt le juge civil en ce qui concerne les malades en soins psychiatriques sans consentement qui opère un contrôle systématique des privations de libertés imposées aux uns comme aux autres¹.

Pour que ces mesures puissent se poursuivre, il faut que l'auteur de la décision de soins contraints en hospitalisation complète à savoir le directeur d'établissement ou le préfet saisisse le juge des libertés et de la détention et que celui-ci statue dans des délais précisément fixés à l'article L. 3211-12-1. Ce contrôle répond à l'exigence du Conseil constitutionnel d'un recours juridictionnel effectif confié au juge judiciaire pour contrôler, dans les plus brefs délais, la mesure privative de liberté que constitue l'hospitalisation sous contrainte.

L'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique prévoit depuis 2022 une intervention systématique du juge des libertés et de la détention au-delà de la soixante-douzième heure d'isolement ou de la quarante-huitième heure de contention.

En 2022, 76 000 personnes ont été hospitalisées sans leur consentement à temps plein en psychiatrie : 37 % ont été concernées par un recours à l'isolement, soit 28 000 personnes, et 11 % par un recours à la contention mécanique, soit 8 000 personnes².

Il n'est pas pour l'heure établi que ces chiffres, élevés, soient sensiblement impactés à la baisse par le contrôle judiciaire quasi systématique désormais exercé par le juge des libertés et de la détention.

De toute les façons, son contrôle semble vouloir être limité à un contrôle de régularité de la procédure par la Cour de cassation dans la mesure où, selon la juridiction suprême de l'ordre judiciaire en France, le juge, pour apprécier le bien-fondé de la mesure, ne peut substituer son avis à celui des médecins³.

Or, selon le psychiatre **Mathieu Bellahsen**, le fait d'entraver des patients pendant des heures, voire des jours, resterait en France une pratique courante notamment dans les hôpitaux psychiatriques.

Dans l'ouvrage *Abolir la contention*, le psychiatre Mathieu Bellahsen appelle à sortir de cette « culture de l'entrave »⁴

Pendant les mesures de suspension des libertés prises en France à l'occasion de la crise épidémique liée au coronavirus Covid 19, il a dénoncé des enfermements selon lui abusifs dans l'établissement où il exerçait.

¹ La loi n° 2023-1059, du 20 novembre 2023, d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027, prévoit le transfert de compétences du juge des libertés et de la détention à un magistrat du tribunal judiciaire en matière de soins psychiatriques sans consentement. L'article 44-II de la loi prévoit que les fonctions civiles assurées actuellement par le juge des libertés et de la détention en matière de contentieux des hospitalisations sous contrainte seront confiées à un juge du tribunal judiciaire. L'entrée en vigueur de ce transfert de compétence est fixée au plus tard le 1^{er} novembre 2024.

² Questions d'économie de la santé n° 286 - Février 2024 Isolement et contention en psychiatrie en 2022 : un panorama inédit de la population concernée et des disparités d'usage entre établissements Esther Touitou-Burckard, Coralie Gandré, Magali Coldefy, en collaboration avec Anis Ellini, Sébastien Saetta et le consortium Plaid-Care, Institut de recherche et documentation en économie de la santé, <https://www.irdes.fr/recherche/questions-d-economie-de-la-sante/286-isolement-et-contention-en-psychiatrie-en-2022.pdf>

³ Cf. Cour de cassation, 1^{re} Civ., 27 septembre 2017, pourvoi n° 16- 22.544, Bull. 2017, I, n° 206.

⁴ *Abolir la contention, sortir de la culture de l'entrave*, par Mathieu Bellahsen, éd. Libertalia, coll. Poche 216 pages — 10 € Format 108/178, 31 août 2023.

Il fait remarquer que l'on attache des personnes non seulement dans les services hospitaliers de psychiatrie mais également dans les maisons de retraite (établissements dits d'hébergement des personnes âgées dépendantes), les services d'urgence hospitaliers et dans les foyers d'accueil médicalisés¹.

Il est vrai que la société Practicima, dont le siège est à Trévoux dans le département de l'Ain, commercialise des objets de contention qu'elle estime, dans sa documentation commerciale², destinés à des institutions diverses comme des services de soins prolongés, des services d'urgences, de psychiatrie et de soins intensifs et ce en dépit de ce qui est dit à l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique, qui dispose que l'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours et ne peuvent concerner que des patients en hospitalisation complète sans consentement.

Même si les chiffres sont difficiles à établir, les sources publiques en la matière étant rares, parcellaires voire peu fiables en raison de l'absence de recension exhaustive des mesures de contention et d'isolement qui se pratiquent souvent extra legem, des sources convergent en faveur du fait que l'isolement et la contention semblent être devenus des pratiques courantes dans les établissements sanitaires en France et ce alors même que le recours à l'isolement et à la contention n'est pas indispensable dans la pratique de la psychiatrie.

L'exemple des services ayant abandonné cet usage est frappant : ils n'ont pas vu d'augmentation des agressions physiques.

L'analyse historique est également riche d'enseignement, les sources convergent pour démontrer que la contention et l'isolement ont régressé dans les soins psychiatriques lors de la seconde moitié du vingtième siècle et qu'ils ont connu une augmentation significative depuis le tournant du millénaire, même lorsqu'on compare les pratiques en la matière avec des époques où l'administration des neuroleptiques était balbutiante voire totalement inexistante³.

C'est ainsi que, dès le XVIII^e siècle, des médecins engageaient une réflexion sur l'utilisation de la contention et tentaient de mettre en place des traitements plus humains des aliénés.

Dans ces *Recherches sur les centres nerveux*, le docteur Valentin Magnan, médecin à l'asile Sainte-Anne de Paris, dénonce dès 1876 l'utilisation des moyens de contention mécanique et notamment la contention au lit⁴.

Selon le docteur Charlène Boudan⁵, le risque de décès associé aux mesures de contention a été mis en évidence dans plusieurs études⁶. Dans le *Manuel alphabétique de psychiatrie* de 1965, au chapitre « contention » page 135, cette pratique est qualifiée comme étant « une survivance d'un autre âge » et il y est indiqué qu'elle devrait pouvoir être évitée dans tous les cas à l'hôpital.

Or ces pratiques, comme le montre le développement qui précède, ce sont développées depuis quelques années.

¹ Ces établissements sont notamment régis par les articles R314-140 à 146 du code de l'action sociale et des familles.

² https://www.practicima.com/uploads/Permanent/Fiches_produits/FR/Systeme_de_contention_Pinel.pdf

³ Cf. *ibid.* note supra et l'excellente thèse pour le diplôme d'état de docteur en médecine D.E.S de psychiatrie de Charlène BOUDAN présentée et soutenue le 18 octobre 2022 à la faculté de médecine de l'Université de Nantes intitulée *Isolement et contention en psychiatrie : Analyse de l'impact des modifications de l'article L3222-5-1 sur les pratiques et le vécu des psychiatres de l'Hôpital Saint Jacques à Nantes* sous la direction du Docteur Olivier HAIB

⁴ *Recherches sur les centres nerveux. Pathologie et physiologie pathologique par le docteur Valentin Magnan*, éd. G. Masson, Librairie de l'académie de médecine, Paris, 1876, cité par Charlène BOUDAN, cf. *ibid.* note supra

⁵ Cf. *supra* *ibid.* note supra

⁶ Cf. Rakhmatullina, M. Taub, A. Jacob, T. (2013). *Morbidity and Mortality Associated with the Utilization of Restraints*, in A Review of Literature. *Psychiatric Quarterly* et Kersting, X., Hirsch, S., Steinert, T. (2019). *Physical Harm and Death in the Context of Coercive Measures in Psychiatric Patients* in A Systematic Review, *Front. Psychiatry*.

2. Le caractère central de l'enfermement dans le système répressif

Plus qu'en matière civile, c'est évidemment dans le système répressif pénal que l'enfermement occupe une place centrale

2.1. Des origines les plus anciennes à la situation actuelle d'asphyxie des établissements pénitentiaires français

Aux plus lointaines origines du droit pénal français se trouve le droit romain qui ne connaissait la prison que sous la forme d'une mesure de sûreté visant à garantir la représentation de la personne poursuivie devant le juge pénal.

Selon le Digeste, « les gouverneurs¹ ont coutume de condamner à la prison, ou même aux fers. Mais ils ne doivent pas le faire, car ces sortes de peines sont interdites. En effet, la prison doit être employée pour retenir les hommes et non pour les punir »². Cette règle demeure en vigueur pendant tout le moyen âge et il faut attendre le XIII^e siècle pour que la prison se charge d'une fonction pénale et coercitive et devienne progressivement ce qu'elle est aujourd'hui : une peine à part entière. À la fin du Moyen Âge, la prison devient alors un symbole et un instrument du pouvoir de l'État, de l'Église et des communes, et la durée de détention s'allonge.

La prison en tant que peine représente alors une forme d'adoucissement en ce qu'elle est alternative à des peines cruelles de mise à mort ou de travaux forcés.

Pourtant dès le IV^e siècle de notre ère, des voix s'élèvent pour dénoncer les conditions de détention.³

Rien de nouveau donc lorsque la contrôleuse générale des lieux de privation de liberté dénonce l'indignité des conditions de détention dans les prisons françaises au XXI^e siècle, indignité renforcée par la surpopulation qui les caractérise parfois jusqu'à l'outrance⁴.

C'est ainsi que les délégués des ministres du conseil de l'Europe, dans leur 1451^e réunion des 6 et 8 décembre 2022 sur la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, ont exprimé leur vive préoccupation face aux derniers chiffres qui attestent, d'une aggravation de la situation carcérale en France (augmentation du taux moyen d'occupation carcérale et du nombre des détenus dormant sur des matelas au sol), surtout dans les maisons d'arrêt et les quartiers maisons d'arrêt (taux moyen d'occupation de 141,5 %) où se trouvent les personnes en détention provisoire et les condamnés à de courtes peines d'emprisonnement⁵.

Cela est confirmé par la statistique des établissements pénitentiaires et des personnes écrouées en France publiée par la direction de l'administration pénitentiaire⁶ qui fait état de la surpopulation carcérale structurelle que connaît la France qui compte, en avril 2024, 77 450 détenus

¹ Il n'existait pas dans l'Empire romain de séparation des pouvoirs judiciaires et administratifs. Les gouverneurs exerçaient l'essentiel des pouvoirs juridictionnels.

² Solent praesides in carcere continendos damnare, aut ut in vinculis contineantur : sed id eos facere non oportet : nam hujusmodi poenae interdictae sunt : carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet (Digeste, LIVRE XXXXVIII, quatrième partie, TITRE XIX, 8, §9)

³ Cf. M. MATTER, *Libanios et les prisons d'Antioche*, in *Carcer II, Prison et privation de liberté dans l'Empire romain et l'Occident médiéval*, éd. par C. BERTRAND-DAGENBACH - A. CHAUVOT - J.-M. SALAMITO - D. VAILLAN-COURT, Paris 2004, p. 53-69.

⁴ <https://www.cglpl.fr/2023/publication-de-rapports-sur-la-dignite-des-conditions-de-detention-dans-plusieurs-etablisements-penitentiaires/>

Et Contrôleur général des lieux de privation de liberté *Avis du 25 juillet 2023 relatif à la surpopulation et à la régulation carcérales* 14 septembre 2023 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

<https://www.cglpl.fr/2023/avis-relatif-a-la-surpopulation-et-a-la-regulation-carcerales/>

⁵ H46-11 J.M.B. et autres c. France (Requête n° 9671/15) Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectId=0900001680a93768

⁶ Cf. *ibid.* supra

écroués pour 61 570 places opérationnelles de détention soit une surpopulation carcérale qui est en moyenne générale supérieure à 125%.

Cette moyenne recèle des réalités plus contrastées avec 17 établissements ou quartiers pénitentiaires présentant un taux de surpopulation en avril 2024 de plus de 200 % comme le centre pénitentiaire de Fresnes Villejuif avec 215 %, de Bordeaux Gradignan (226 %), la maison d'arrêt de Carcassonne (242 %), le quartier des majeurs de la maison d'arrêt de Nîmes (224 %), le quartier des majeurs de la maison d'arrêt de Foix (207 %).

Le quartier centre pénitentiaire de l'établissement pénitentiaire de Majicavo situé dans le département et région d'outre-mer de Mayotte détient le record de densité carcérale avec le chiffre de 281,6 % au 1^{er} avril 2024 dans un contexte où la surpopulation carcérale dans les possessions françaises d'outre-mer atteint à cette date plus de 137% contre 125 % sur le territoire français métropolitain.

2.2 La distance entre la loi et la réalité

On ne peut qu'être frappé dans ces conditions par le paradoxe que constitue une telle situation si on la met face aux proclamations et dispositions du droit positif français comme celles de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (« la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires »), de l'article 144 du code de procédure pénale qui limite de manière drastique les cas où il peut être recouru à la détention provisoire étant rappelé qu'elle constitue une des principales causes d'entrée en détention en France¹ et de l'article 132-19 du code pénal qui dispose que toute peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine indispensable et si toute autre sanction est manifestement inadéquate.²

Un arrêt de cassation partielle du 24 avril 2024 de la chambre criminelle de Cour de cassation de la République française, dans une affaire relative à un ancien député ayant exercé les fonctions de Premier ministre a ainsi rappelé le caractère impérieux de cette règle issue de l'article 132-19 du code pénal et l'obligation subséquente faite aux juges qui condamnent à une peine d'emprisonnement ferme de constater que toute autre sanction est manifestement inadéquate.

Ce rappel peut apparaître presque déconnecté de la réalité à ceux qui pratiquent, observent ou critiquent de près ou de loin, chaque jour ou occasionnellement la justice pénale ordinaire du quotidien qui se rend en particulier dans les audiences de comparutions immédiates plus particulièrement à l'heure où la surpopulation pénale atteint en France un seuil critique.

Le second paradoxe réside dans les fonctions que la loi assigne à la peine et qui ne semblent que très partiellement compatibles avec les peines d'emprisonnement et de réclusion, l'article 130-1 du code pénal assignant à la peine l'objectif de favoriser l'amendement, l'insertion ou la réinsertion du condamné³. Quelles que soient les conditions de détention, comment peut-on poursuivre de tels

¹ L'article 144 du code de procédure pénale est ainsi rédigé : « La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique : 1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ; 2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ; 3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ; 4° Protéger la personne mise en examen ; 5° Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ; 6° Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ; 7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle.

² Cour de cassation 24 avril 2024 – chambre criminelle - pourvoi n° 2283466

³ L'article 130-1 du code pénal dispose : « 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 fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion.

objectifs avec une peine qui consiste précisément à extraire un individu de la société pour l'en isoler dans un établissement fermé où sont concentrés d'autres condamnés ?

2.3. La peine d'emprisonnement, une notion juridique centrale

Au-delà des proclamations des textes, la peine d'emprisonnement représente dans le droit pénal contemporain une notion juridique centrale qui participe à la définition et à la classification des infractions.

Il serait difficile de feindre d'ignorer que la définition contemporaine des grandes catégories d'infractions se fonde presque exclusivement en France sur la peine d'enfermement qui les sanctionne.

Dans le code pénal les catégories d'infractions sont en effet définies par référence à leur tarif rétributif en termes d'enfermement¹ :

- Est crime ce qui est puni de la réclusion criminelle, c'est à dire de la détention pour une durée minimale de dix ans et jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité²;
- Est délit est ce qui est puni de dix ans d'emprisonnement au maximum (presque tous les délits étant punis de peines d'emprisonnement)³ ;
- Est contravention l'infraction qui ne saurait être punie d'un emprisonnement.

On comprend dans ces conditions comment la prison occupe une place centrale dans la répression, dans les réflexes et dans les raisonnements du juge pénal pour qui la prison, moins qu'une réalité faite de murs, de miradors, de barreaux, de grilles, de concertinas⁴, de bruits, de désespoirs, de violences parfois, de surpeuplement souvent, est un concept juridique central sur lequel se fonde son activité : en matière de délit, les peines d'emprisonnement sont infligées en mois voire en années, en matière de crimes elles le sont en années, voire en décennies.

Cette conceptualisation contribue certainement à expliquer l'importance que la prison occupe dans la réponse répressive du juge. En son esprit, la prison est parfois virtualisée et peut parfois s'éloigner de sa réalité matérielle.

Par ailleurs, la collégialité des juridictions notamment en matière criminelle s'agissant des cours d'assises et des cours criminelles⁵ ou, en matière délictuelle, des tribunaux correctionnels statuant notamment en comparutions immédiates conjuguée au secret des délibérations des juges peut conduire à des biais dans les processus de décision de nature à renforcer la tendance répressive des juridictions.

Il existe en effet des effets pervers pouvant affecter les interactions conduisant à des décisions collégiales qui ont été étudié en sociologie des organisations⁶. Ces biais sont :

1/ L'effet de majorité : les majorités dans l'erreur ont tendance à l'emporter sur les minorités qui ont raison. Rappelons que, dans les juridictions collégiales, les décisions sont prises à la majorité.

¹ Cf. notamment l'article 131-4 du code pénal

² Cf. l'article 131-1 du code pénal

³ Cf. l'article 131-4 du code pénal

⁴ Accordéon de forme hexagonale comportant deux claviers à boutons chromatiques qui désigne également un système barbelé constitué de spirales en acier ressort, munies de lames tranchantes, qui rendent quasiment infranchissables tous types d'enceintes ou de périmètres couramment utilisé autour des enceintes pénitentiaires ou militaires

⁵ Les personnes majeures accusées d'un crime puni de quinze ans ou de vingt ans de réclusion criminelle, lorsqu'il n'est pas commis en état de récidive légale, depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice qui les institue à titre expérimental et la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire qui les généralise, sont jugées en premier ressort par la cour criminelle. Cette cour est également compétente pour le jugement des délits connexes. La cour criminelle, qui siège au même lieu que la cour d'assises, est composée d'un président et de quatre assesseurs, choisis par le premier président de la cour d'appel parmi, pour le président, les présidents de chambres et les conseillers du ressort de la cour d'appel et, pour les assesseurs, les conseillers et les juges de ce ressort

⁶ Cf. l'ouvrage de Christian Morel, *Les décisions absurdes, sociologie des erreurs radicales et persistantes*, éd. Gallimard, 2002

2/ L'effet de groupe trop amical qui est celui qui conduit les membres de la collégialité à ne pas aborder les sujets clivants pour ne pas mécontenter les autres membres du groupe dans le but de préserver la cordialité de l'ambiance.

3 / La communication silencieuse, qui est une forme de coordination dans le non-dit, qui conduit à de graves malentendus : chacun renonce à exprimer son opinion pour faire plaisir à l'autre qui n'approuve pourtant pas la décision commune car personne n'a explicité ses positions les pensant comprises par tous.

4/ La pression hiérarchique : les membres subalternes de la collégialité éprouvent des réticences à exprimer leur position devant leur supérieur hiérarchique¹

5/ La crainte de heurter un ou des collègues en exprimant son opinion franchement et clairement, en particulier lorsqu'on a une simple intuition qu'on ne peut immédiatement étayer avec des faits établis.

Toujours est-il que, et quelles qu'en soient les causes, la réponse pénale à la délinquance s'est considérablement durcie au cours des dernières années alors que les enquêtes dites de « victimation » publiées par l'institut national de la statistique et des études économiques font état d'une certaine stabilité des faits de délinquance dont les ménages ont été victimes. Or les incarcérations et leurs durées ont augmenté de façon significative. Selon un rapport de la Cour des comptes publié en octobre 2023, près de 90 000 années de prison ferme ont prononcées en 2019 contre 54 000 environ en 2000, soit une augmentation de près de 70 % sur vingt ans. Certains crimes et délits font en effet l'objet d'une répression accrue, telles les violences intrafamiliales, les délits routiers ou les violences envers les forces de l'ordre. Les seules violences sur conjoint ont induit entre 2018 et 2023 un accroissement de plus de 70 % des années d'emprisonnement ferme prononcées et 4 000 détenus supplémentaires entre 2017 et 2023.

Tout cela a conduit à ce que, selon la Cour des comptes, le coût de la journée d'incarcération s'élevant à 105 € par détenu, on puisse estimer que l'exécution des peines d'incarcération représente pour le budget de l'État, une charge directe de l'ordre de 4 milliards d'euros par an hors dépenses d'investissement, soit une hausse de 12 % de 2019 à 2021, ce coût représentant désormais 40% du budget du ministère de la justice.²

Cette évolution que l'on peu aisément qualifier de dérive pousse donc logiquement à tenter d'explorer ce que pourraient être les alternatives à l'enferment répressif.

3. Penser les alternatives à l'enfermement

3.1. Penser les alternatives à l'enfermement en France, une nécessité au regard des comparaisons internationales

Envisager des alternatives à l'enfermement répressif est d'autant plus important en France que les statistiques pénales annuelles du Conseil de l'Europe nous renseignent sur la place qu'occupe la France parmi les pays membres en matière d'emprisonnement.

Si certains pays comme les royaumes d'Espagne ou uni d'Angleterre et d'Irlande du Nord comptent un nombre de détenus rapporté à leur population supérieur à la France, il est à noter que l'Allemagne avec 40 000 détenus a un taux de détenus de 0,04%, soit presque trois fois moins important que celui de la France qui dépasse désormais 0,11%.

¹ Cf. article 20 du décret n°93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature dispose que les observations du président de formation collégiale sont annexées à l'évaluation professionnelle du magistrat siégeant comme assesseur dans ladite formation

² *Une surpopulation carcérale persistante, une politique d'exécution des peines en question* - octobre 2023, rapport public thématique, Cour des comptes - www.ccomptes.fr

En ce qui concerne la détention provisoire, La France est dans le peloton de tête des Etats membres du Conseil de l'Europe avec un taux de détention provisoire entre 20 et 25 % des détenus¹.

Cependant, c'est la surpopulation carcérale qui place la France en tête des États membres du Conseil de l'Europe, le chiffre de 121 % recelant des taux de surpopulation dans certains établissements pouvant dépasser les 200 %.²

L'expérience des dernières années et décennies a montré que la construction de prisons ne conduisait jamais à réduire ce chiffre mais à augmenter celui du nombre de détenus.

C'est la raison pour laquelle penser les alternatives possibles à l'enfermement est, particulièrement en France, d'une impérieuse nécessité.

3.2. L'insuffisance des alternatives à l'enfermement existantes ou mis en œuvre

Des outils ayant pour but de faire baisser le nombre d'incarcérations existent.

1/ Les alternatives aux poursuites en font partie. Aux parquets, il revient de poursuivre. Sans poursuites, pas de condamnation et sans condamnations, pas d'emprisonnements.

Or les faits qui font l'objet de telles alternatives (comme les rappels à la loi, les médiations pénales, les classements sous conditions définis à l'article 41-1 du code de procédure pénale) ne concernent que très rarement des faits qui pourraient occasionner des incarcérations

2/ Les peines alternatives à la prison comme les peines d'amende ou les travaux d'intérêt général conduisent par ailleurs trop souvent à multiplier les poursuites et les condamnations et ne contribuent en rien à diminuer le nombre de détenus.

L'exemple de la création d'amendes forfaitaires délictuelles est à cet égard emblématique.

Créées par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle puis étendues par la loi n° 2023-22 du 24 janvier 2023 d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur, elles concernent désormais plus de vingt délits couramment poursuivis, presque tous punis de peine d'emprisonnement³. Si le dispositif a connu un énorme succès, puisqu'on estime que le nombre d'amendes forfaitaires délictuelles infligées en 2022 était de 260 000 contre 57 000 en 2019, leur nombre ayant donc plus que quadruplé en quatre ans, on est obligé de constater que, dans le même temps entre 2016 et 2023, le nombre de détenus est passé de 68 000 à 75 000, ce qui démontre que les amendes forfaitaires délictuelles n'ont eu aucun effet sur le nombre d'incarcérations.

3/ De même, les aménagements de peine nouveaux qui se sont considérablement développés ces dernières années, tels que le placement sous surveillance électronique à domicile des détenus, n'ont eu aucun effet sur le nombre de détenus incarcérés.

Quant à la prohibition de principe du prononcé de peines d'emprisonnement ferme non aménagées inférieures ou égales à six mois instituées par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, loin d'encourager à diminuer le nombre de détenus, pousse à exacerber la tendance observée à long terme d'augmentation du quantum des peines d'emprisonnement ferme infligées.

¹ Pour les comparaisons internationales en matière d'enfermement répressif dans les différents États du Conseil de l'Europe, on pourra se référer utilement aux statistiques pénales annuelles du Conseil de l'Europe (SPACE) disponibles sur le site de l'Université de Lausanne <https://wp.unil.ch/space/publications/prisons-and-prisoners-in-europe/>

² Cf. supra II-§A

³ l'outrage sexiste et sexuel, les tags, l'intrusion dans un établissement scolaire, l'usage injustifié du signal d'alarme dans un train, l'entrave à la circulation, le dressage de chiens dangereux, la filouterie, la chasse sur le terrain d'autrui, le port d'arme blanche, l'exercice illégal de la profession de taxi, l'introduction de boissons alcoolisées dans un stade, la vente au déballage sans autorisation qui s'ajoutent aux onze délits préalablement concernés à savoir la conduite sans permis, la conduite sans assurance, l'installation illicite sur un terrain privé, la vente illicite d'alcool, l'usage de stupéfiants, la vente à la sauvette, l'occupation en réunion des halls d'immeuble, les vols portant sur une chose dont la valeur est inférieure ou égale à 300 euros restituée à la victime ou dont la victime a été indemnisée.

Il faut rappeler que la durée moyenne d'emprisonnement ferme a en effet doublé par rapport à la décennie des années 1980. Selon le Conseil économique, social et environnemental, cette durée était en 1980 de 4,2 mois, de 7,6 mois en 1995 et de 9,7 mois en 2022.¹

Les effets pervers de la prohibition de principe du prononcé de peines d'emprisonnement ferme non aménagées inférieures ou égales à six mois instituées par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 ont même été mesurés. L'obligation d'aménager les peines inférieures ou égales à six mois, introduit par la loi du 23 mars 2019 susmentionnée, a produit une augmentation du quantum des peines prononcées relève la Cour des Comptes en analysant les chiffres que lui a transmis à sa demande le ministère de la justice : entre 2019 et 2022 le nombre de peines d'emprisonnement ferme dont la durée est comprise entre 6 mois et an a augmenté de 24%.²

De même que construire des prisons ne pousse en général qu'à les surpeupler, de même inventer de nouvelles peines ou de nouveaux modes d'exécution semble donc ne pousser qu'à multiplier les poursuites et les condamnations et à aggraver leur sévérité et non à réduire le nombre d'incarcérations.

3.3. Ce qui pourrait être fait

Il existe en réalité des mesures concrètes qui pourraient faire baisser de façon significative le nombre d'incarcérations :

1/ Les dépenalisations ou contraventionnalisations d'infractions en faisant disparaître la peine d'emprisonnement pour certaines infractions courantes irait dans ce sens.

Au contraire le droit pénal toujours plus profus tend à créer de nouvelles infractions, de nouvelles circonstances aggravantes assorties de lourdes peines d'emprisonnement.

A titre d'exemple, à elle seule, la loi n° 2024-420 du 10 mai 2024 visant à renforcer la lutte contre les dérives sectaires et à améliorer l'accompagnement des victimes n'institue pas moins de cinq nouveaux délits.

Quant aux débats sur la dépenalisation en matière d'infractions fortement pourvoyeuses d'incarcérations, comme ceux portant sur la légalisation, la réglementation et l'encadrement du commerce et de la consommation de certaines substances psychotropes prohibées largement consommées, ils semblent actuellement totalement interdits en France notamment par le caractère spectaculaire et odieux de certains crimes occasionnés par le trafic de ces substances, alors même que leur existence devrait pousser à engager une réflexion rapide sur l'évolution de la loi en matière de stupéfiants, ce qui a été fait dans de nombreux pays européens³.

2/ La restriction de la possibilité concrète de placer en détention provisoire ou de poursuivre une infraction au moyen de la procédure de comparution immédiate, en créant des seuils minimaux de peine d'emprisonnement encourue plus élevés pour permettre le recours à la comparution immédiate, aurait à l'évidence un effet déterminant sur le nombre d'incarcérations.

Il faut en effet rappeler que la détention provisoire et la comparution immédiate sont les deux voix d'accès principales et parfois cumulatives d'entrée en détention⁴, étant précisé que l'article 395 du code de procédure pénale permet la poursuite en comparution immédiate de presque tous les délits

¹ *Le sens de la peine* Avis du Conseil économique, social et environnemental sur proposition de la commission permanente des affaires sociales et de la santé Rapporteurs Alain Dru et Danièle Jourdain Menninger JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE Mandature 2021-2026 Séance du 13 septembre 2023

² *Une surpopulation carcérale persistante, une politique d'exécution des peines en question* - octobre 2023, rapport public thématique, Cour des comptes - www.ccomptes.fr

³ Conseil économique social et environnemental, 24 janvier 2023, *Cannabis : sortir du statu quo, vers une légalisation encadrée*, (Floran Compain, Helno Eyriey)

⁴ En France le nombre de détentions provisoires prononcées a augmenté de 205 à 2019 de 17,4% selon *Les cahiers des études pénitentiaires et criminologiques* (N°50).

(ceux qui sont punis d'au moins deux ans d'emprisonnement et de six mois d'emprisonnement en cas de délit flagrant).

3/ Cependant, la mesure la plus efficace serait la mise en œuvre d'une forme de *clausus carcéral* ou au moins l'institution d'une « régulation carcérale », expression large qui peut viser différents mécanismes destinés à éviter toute surpopulation carcérale comme sont d'avis de l'instituer Le Conseil économique social et environnemental et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté dans une recommandation de son rapport annuel 2018.

Une telle mesure n'interdirait en aucun cas au juge de prononcer la peine qu'il entend infliger mais de prendre en considération un principe de réalité dans l'exécution de la peine. C'est en effet un impensé du fonctionnement de la justice pénale qui confine au tabou.

Régulièrement, l'administration pénitentiaire alerte l'autorité judiciaire sur l'état de surpeuplement parfois dramatique de ses établissements, sans effet concret sur la pratique des juridictions et sur l'exécution de leurs décisions.

Qu'une décision judiciaire ne soit pas immédiatement exécutée pour des raisons d'opportunité, de choix de priorités ou en raison de moyens insuffisants est une situation banale que l'on rencontre très massivement en matière civile mais également en matière pénale, comme lorsqu'un juge décerne une commission rogatoire et que le service de police judiciaire destinataire indique ne pas avoir les moyens de l'exécuter au moins immédiatement ce qui correspond à une situation très courante.

Ni l'administration pénitentiaire, ni les chefs d'établissement pénitentiaires, ni aucune autorité qui resterait à créer ou à investir de telles attributions n'ont à ce jour le pouvoir de refuser un détenu en surnombre au nom de la préservation de la dignité des conditions de détention.

Or une telle faculté conduirait à réunir les conditions nécessaires à :

- L'amélioration du suivi des détenus par l'administration pénitentiaire,
- La baisse du nombre d'incidents en détention,
- La baisse du nombre de congés pour maladie ou accidents de service des personnels pénitentiaires et donc à l'amélioration de leurs conditions de travail.

On peut légitimement se demander au nom de quel principe juridique supérieur l'administration pénitentiaire devrait absorber ad nauseam les détenus en surnombre.

Au-delà de ces mesures tendant à créer des alternatives à l'enfermement ou à limiter le nombre d'incarcérations, le fait qu'il existe un lien si étroit et consubstantiel entre enfermement et répression pénale oblige à interroger la notion de responsabilité pénale qui fonde le principe de répression pénale.

3.4. Interroger la notion de responsabilité pénale

En effet si l'enfermement est la sanction centrale de référence en matière pénale, pourquoi ne pas interroger la notion de responsabilité pénale ?

Le choix de réprimer ou non appartient ab initio aux parquets¹ qui, placés sous l'autorité du pouvoir exécutif, décident ou non de poursuivre et du mode de poursuite qui peut souvent exercer une influence déterminante sur la sévérité de la peine in fine infligée.

¹ L'article 40-1 du code de procédure pénale dispose que lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République décide s'il est opportun soit d'engager des poursuites, soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites, soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient.

1/ Cependant, l'importance de la prévalence des troubles psychiques parmi les détenus conduit à s'interroger sur le fait que rares sont les troubles psychiques qui conduisent à l'irresponsabilité pénale ou à l'atténuation de responsabilité pénale telle que prévue par l'article 122-1 du code pénal¹.

Selon une étude rendue publique en février 2023 par le ministère de la santé, la moitié des personnes détenues interrogées est pourtant concernée par un trouble lié à une substance, un tiers des hommes et la moitié des femmes sont concernés par des troubles thymiques (incluant la dépression), un tiers des hommes, et la moitié des femmes, sont concernés par des troubles anxieux, 10 % des hommes, et un sixième des femmes, sont concernés par un syndrome psychotique.²

Il faut dire qu'il existe dans l'institution judiciaire une certaine réticence à admettre de telles abolitions ou atténuations de la responsabilité pénale favorisée par le développement des poursuites suivant les modalités de la comparution immédiate qui ne favorise guère les expertises psychiatriques compte tenu du court laps de temps entre les faits poursuivis et l'audience de jugement étant précisé que 60 000 condamnations sont prononcées chaque année lors des audiences de comparutions immédiates.

Un rapport de mission de la commission des lois de l'Assemblée nationale de 2021³ révèle que le nombre annuel de personnes pour lesquelles des troubles psychologiques ont justifié l'abandon de poursuites est minime. Il est estimé, en 2019, à moins de 10 000, soit 0,5 % des quelque 2 millions de personnes poursuivies chaque année par les parquets. L'irresponsabilité pénale n'a été constatée par un tribunal correctionnel que 232 fois en un an et 6 fois par une juridiction pour enfants. Dans un cas sur deux, cette décision est accompagnée d'une ou plusieurs mesures de sûreté. Dans moins d'une centaine de cas, l'irresponsabilité est prononcée par la chambre de l'instruction ou par la cour d'assises. 145 décisions d'irresponsabilité pénale pour trouble mental assorties d'une mesure de sûreté ont été prononcées en moyenne chaque année depuis 2012. Les deux tiers de ces décisions prononçaient au moins une hospitalisation d'office⁴.

2/ D'autres causes d'exonération de la responsabilité pénale existent : l'état de nécessité, la légitime défense sont rarement invoqués et retenus devant les juridictions répressives y compris lors des poursuites qui émaillent les manifestations et les mouvements sociaux.

Par exemple, dans deux arrêts du 22 septembre 2021, la Cour de cassation a refusé aux décrocheurs de portraits présidentiels le bénéfice de l'état de nécessité alors qu'ils invoquaient la menace que représenterait le dérèglement climatique⁵. Cette jurisprudence va dans le même sens que de nombreuses décisions des juges répressifs du fond qui refusent l'état de nécessité à des militants

¹ N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état.

² Etude de la Fédération régionale de recherche en psychiatrie et santé mentale Hauts-de-France (F2RSM Psy) réalisée à la demande de la Direction générale de la santé, *La santé mentale en population carcérale sortante : une étude nationale* menée par Thomas Fovet • Camille Lancelevée • Marielle Wathelet • Oumaïma El Qaoubii • Pierre Thomas

³ Mission « flash » sur l'application de l'article 122-1 du code pénal Communication de Mme Naïma Moutchou et M. Antoine Savignat, Mercredi 30 juin 2021, commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

⁴ L'article 706-135 du code de procédure pénale autorise la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental à ordonner, par décision motivée, l'admission en soins psychiatriques de la personne, sous la forme d'une hospitalisation complète s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public.

⁵ 22 septembre 2021, Cour de cassation, Pourvoi n° 20-80.489, Chambre criminelle et également Pourvoi n° 20-85.434

écologistes l'invoquant à l'occasion de poursuites diligentées à la suite de manifestations ayant conduit notamment à des entraves à la circulation¹.

L'article 122-7 du code pénal précise pourtant que n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

3/ Les lois d'amnistie, quant à elles, ont presque disparu en France. L'amnistie, dit le code pénal, efface les condamnations prononcées. Elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure². La cinquième République avait, dès ses débuts, institué la tradition des amnisties dites présidentielles à chaque élection de cette nature. La dernière date de 2002. Cette tradition a été abandonnée.

Elle permettait pourtant de contribuer à réguler la population carcérale en faisant sortir des établissements pénitentiaires, par souci de pardon et d'apaisement, les condamnés pour les faits les moins graves ou pour ceux qu'il apparaissait nécessaire d'amnistier dans un but de préservation de la concorde sociale.

La dernière amnistie politique et sociale non consécutive à une élection présidentielle en France date du 10 janvier 1990 et concerne les infractions commises à l'occasion des événements politiques parfois violents qui ont secoué la Nouvelle-Calédonie dans la décennie 1980 à l'unique exception des assassinats³.

Conclusion

Moins enfermer les auteurs d'infractions, les malades mentaux dangereux, les étrangers en situation irrégulière sur le territoire national peut faire peur.

Mais cette peur est-elle vraiment raisonnable ?

Il faut rappeler qu'on n'a jamais scientifiquement démontré l'efficacité la peine d'enfermement pour prévenir d'une façon générale les actes de délinquance voire de criminalité et que le droit légitime des victimes d'infractions à obtenir réparation est distinct de la question de l'enfermement répressif ou préventif : il relève de la responsabilité civile et des systèmes de mutualisation des réparations des dommages tels que les assurances ou les fonds de garantie en vue de la réparation des dommages causés aux victimes d'infractions.

On sait désormais que l'abolition de la peine de mort dans tous les pays européens à la fin du XXe siècle n'a conduit à aucune augmentation des crimes de sang qui étaient les seuls pour lesquels on infligeait la peine capitale. Cette réalité de l'absence de corrélation ou de causalité entre la sévérité de la répression et la délinquance et la criminalité était en réalité connue depuis l'antiquité grecque⁴.

¹ Le 28 octobre 2022, par exemple, des militants écologistes ont bloqué des automobilistes sur l'autoroute A6 dans le Val de Marne une demi-heure avant que la police n'intervienne. Les militants interpellés ont tous été poursuivis pour entrave à la circulation.

Le parquet près le tribunal correctionnel de Créteil a considéré qu'il y avait une « absence de lien de cause à effet » entre le blocage de cette autoroute « et la sauvegarde de la vie humaine » et rejeté l'argument de « l'état de nécessité », selon lequel une action illégale peut être autorisée face à un danger imminent, développé par les avocats de la défense. Il a requis de 50 à 70 heures de travail d'intérêt général contre ces militants écologistes. Tous les prévenus ont été déclarés coupables d'entrave à la circulation et condamnés par le tribunal qui a donné raison au parquet.

² Cf. article 133-9 du code pénal

³ Cf. In° 90-33 du 10 janvier 1990 portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie.

⁴ Dans son *Apologie de Socrate*, l'écrivain grec du VIe siècle de notre ère Libanios écrit dans cette plaidoirie fictive du plus célèbre des condamnés à mort de l'Histoire en s'adressant aux juges de Socrate : « Rien n'a détourné les criminels de mettre à exécution leurs intentions et rien n'est venu interrompre l'enchaînement des condamnations que vous prononcez. Au contraire, certains ont beau périr aujourd'hui, d'autres seront dès le lendemain arrêtés pour les mêmes

Or les coûts sociaux et financiers de l’incarcération sont immenses. Rappelons que, selon la Cour des comptes, la charge directe de l’incarcération ferme qui pèse sur le budget de l’État français en termes de frais de fonctionnement est de l’ordre de 4 milliards d’euros et cela sans compter les dépenses d’investissement induits et tous les coûts indirects que l’enfermement répressif peut induire notamment par le délitement des liens sociaux et familiaux, les dommages causés par la récidive souvent favorisée par l’incarcération, et par la désinsertion professionnelle.

Prévenir la commission d’infractions relève plus de la vigilance citoyenne, des institutions sociales d’insertion de l’individu dans la société comme l’entreprise, la famille, les réseaux de solidarité, etc.

Les sociétés prospères qui ne connaissent guère la pauvreté et s’engagent vers la diminution des inégalités et la meilleure répartition de la richesse permettent en général d’amoindrir le besoin de répression car ces améliorations économiques et sociales contribuent à faire baisser le niveau de délinquance et donc le tropisme social en faveur de l’enfermement répressif contre lequel l’institution judiciaire n’est pas un rempart mais un simple instrument du système d’enfermement. L’accroissement vertigineux du nombre de détenus en France le montre.

Bibliographie

1. Questions d’économie de la santé n° 286 - Février 2024 Isolement et contention en psychiatrie en 2022 : *un panorama inédit de la population concernée et des disparités d’usage entre établissements* Esther Touitou-Burckard, Coralie Gandré, Magali Coldefy, en collaboration avec Anis Ellini, Sébastien Saetta et le consortium Plaid-Care, Institut de recherche et documentation en économie de la santé, <https://www.irdes.fr/recherche/questions-d-economie-de-la-sante/286-isolement-et-contention-en-psychiatrie-en-2022.pdf>
2. *Abolir la contention, sortir de la culture de l’entrave*, par Mathieu Bellahsen, éd. Libertalia, coll. Poche 216 pages — 10 € Format 108/178, 31 août 2023
3. Charlène BOUDAN, thèse présentée et soutenue le 18 octobre 2022 à la faculté de médecine de l’Université de Nantes *Isolement et contention en psychiatrie : Analyse de l’impact des modifications de l’article L3222-5-1 sur les pratiques et le vécu des psychiatres de l’Hôpital Saint Jacques à Nantes* sous la direction du Docteur Olivier HAIB
4. *Recherches sur les centres nerveux. Pathologie et physiologie pathologique* par le docteur Valentin Magnan, éd. G. Masson, Librairie de l’académie de médecine, Paris, 1876
5. Rakhmatullina, M. Taub, A. Jacob, T. (2013). *Morbidity and Mortality Associated with the Utilization of Restraints*, in A Review of Literature. *Psychiatric Quarterly*
6. Kersting, X., Hirsch, S., Steinert, T. (2019). *Physical Harm and Death in the Context of Coercive Measures in Psychiatric Patients* in A Systematic Review, *Front. Psychiatry*
7. M. MATTER, *Libanios et les prisons d’Antioche*, in *Carcer II, Prison et privation de liberté dans l’Empire romain et l’Occident médiéval*, éd. par C. BERTRAND-DAGENBACH - A. CHAUVOT - J.-M. SALAMITO - D. VAILLANCOURT, Paris 2004, p. 53-69.
8. Contrôleur général des lieux de privation de liberté *Avis du 25 juillet 2023 relatif à la surpopulation et à la régulation carcérales* 14 septembre 2023 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE Texte 89 sur 111 NOR : CPLX2324077V
9. *Délibérations des juges : entre secret et transparence* par Natalie Fricero *les Cahiers de la Justice* 2014/3 (N° 3) <https://doi.org/10.3917/cdlj.1403.0413>
10. Christian Morel, *Les décisions absurdes, sociologie des erreurs radicales et persistantes*, éd. Gallimard, 2002
11. *Pourquoi faudrait-il punir ?* Catherine Baker, 2004, tahn-party.org
12. *Une surpopulation carcérale persistante, une politique d’exécution des peines en question* - octobre 2023, rapport public thématique, Cour des comptes - www.ccomptes.fr

crimes. Et jamais un législateur n’inventera comme châtiment un traitement assez cruel pour maintenir tous les hommes dans le droit chemin (*Socrate condamné au silence, déclamations I-II, 146*)

13. *Prisons and Prisoners in Europe 2022 : Key Findings of the SPACE I survey* Marcelo F. Aebi, Edoardo Cocco & Lorena Molnar Prisons and Prisoners in Europe 2022 : Key Findings of the SPACE I survey Marcelo F. Aebi, Edoardo Cocco & Lorena Molnar, université de Lausanne, École des sciences criminelles
14. Surpopulation carcérale : une fatalité ? par Xavier Denecker | 09/11/2023 in Variance.eu <https://variances.eu/?p=7716>
15. Etude de la Fédération régionale de recherche en psychiatrie et santé mentale Hauts-de-France (F2RSM Psy) réalisée à la demande de la Direction générale de la santé, *La santé mentale en population carcérale sortante : une étude nationale* menée par Thomas Fovet, Camille Lancelevée, Marielle Wathelet, Oumaïma El Qaoubii et Pierre Thomas
16. *Le sens de la peine* Avis du Conseil économique, social et environnemental sur proposition de la commission permanente des affaires sociales et de la santé Rapporteurs Alain Dru et Danièle Jourdain Menninger JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE Mandature 2021-2026 Séance du 13 septembre 2023
17. *Cannabis : sortir du statu quo, vers une légalisation encadrée* Avis et rapport du Conseil économique, social et environnemental sur proposition de la commission temporaire « Cannabis » Rapporteurs : Florent Compain et Helno Eyrie JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE Mandature 2021-2026 Séance du 24 janvier 2023