



HAL
open science

La rétention de sûreté: vers un nouveau type de positivisme juridique?

Claude-Olivier Doron

► **To cite this version:**

Claude-Olivier Doron. La rétention de sûreté: vers un nouveau type de positivisme juridique?. L'Information Psychiatrique, 2008, 10.1684/ipe.2008.0355 . hal-03824331

HAL Id: hal-03824331

<https://hal.science/hal-03824331>

Submitted on 21 Oct 2022

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

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

BIOPOLITIQUE

La rétention de sûreté : vers un nouveau type de positivisme juridique ?

Claude-Olivier Doron

RÉSUMÉ

Analysant les principes généraux de la loi sur la rétention de sûreté, je montre comment ils se rattachent à un positivisme juridique qui revendique le droit de rompre avec une rationalité légale pour placer au cœur des politiques pénales le traitement de la dangerosité et propose une forme de gouvernement illimité et indéfini de la menace. Revenant alors sur l'histoire du positivisme juridique et l'émergence du problème de la dangerosité, j'en rappelle les caractéristiques fondamentales pour faire ressortir les différences qui distinguent l'évolution actuelle. Tandis que le positivisme juridique était une doctrine de la défense de la société, la tendance actuelle est à la protection infinie d'individus singuliers et souffrants ; cette tendance est préoccupante en ce qu'elle ne paraît contenir aucun principe limitatif et délégitime toute critique.

Mots clés : dangerosité, pénalité, délinquance sexuelle, positivisme juridique, victime, criminologie

ABSTRACT

Preventive detention: towards a new type of legal positivism? Analysing the general legal principles of the law on preventive detention, I will show how they can be assimilated to legal positivism which claims the right to break with legal rationality in order to place dealing with dangerousness at the heart of legal policies and proposes an unlimited and undefined form of risk management. Returning to the history of legal positivism and the emergence of the problem of dangerousness, I summarise the fundamental characteristics in order to highlight the differences which distinguish the current evolution. Whilst legal positivism was a doctrine in favour of defence of society, the current trend is the infinite protection of the single, suffering individual ; this tendency is worrying in that it does not seem to contain any limitative principle and denies the legitimacy of any criticism.

Key words: dangerousness, punishment, sexual offence, legal positivism, victim, criminology

RESUMEN

La retención de seguridad: ¿hacia un nuevo tipo de positivismo jurídico? A partir del análisis de los principios generales de la ley sobre la retención de seguridad el autor considera que este texto se basa en un positivismo jurídico que reivindica el derecho a romper con una racionalidad legal, situando el tratamiento de la peligrosidad en el corazón de la política penal y proponiendo una forma de gobierno ilimitado e indefinido de la amenaza. El artículo traza la historia del positivismo jurídico y la emergencia del problema de la peligrosidad y analiza las características fundamentales para resaltar las diferencias que distinguen la evolución actual. El positivismo jurídico era una doctrina de defensa de la sociedad, en cambio la tendencia actual se orienta hacia la defensa infinita de individuos singulares que sufren; esta tendencia es preocupante puesto que no parece contener ningún principio limitativo y deslegítima cualquier crítica.

Palabras clave: peligrosidad, penalidad, delincuencia sexual, positivismo jurídico, víctima, criminología

Université Paris-VII/REHSEIS/Centre Georges-Canguilhem, 225, rue Saint-Denis, 75002 Paris
<colivierdoron@gmail.com>

Tirés à part : C.-O. Doron

L'adoption de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental constitue un événement important du point de vue des politiques pénales. Elle inscrit en effet dans le droit français des principes dont la France, par contraste avec d'autres pays, avait su jusqu'ici plus ou moins se préserver, en sanctionnant l'irruption dans la procédure pénale de mesures de sûreté indéfinies fondées sur la dangerosité d'un individu. L'objectif de cet article est de faire le point sur les ruptures décisives qu'induit la mise en avant de la dangerosité comme objet central des politiques pénales. Cette mise en avant n'est sans doute pas nouvelle : elle constitue le fondement du positivisme juridique tel qu'il s'est développé, en Italie notamment, à la fin du XIX^e siècle. À la question légale de l'infraction et de la responsabilité du sujet, le positivisme juridique proposait de substituer la question socio-biologique de la dangerosité et de la défense de la société ; ce faisant, il suggérait de remplacer les peines fixes et codifiées par des mesures indéterminées de sûreté visant le traitement de la dangerosité. C'est un mouvement similaire qui aujourd'hui conduit certains parlementaires à proposer l'institution de mesures de sûreté indéterminées fondées sur la dangerosité des individus. Similaire et néanmoins très différent. C'est ce que voudrait rappeler cet article, afin de clarifier les conditions d'une résistance critique à ce mouvement général des politiques pénales dans les pays occidentaux. Si nous assistons bien à une sorte de retour du positivisme juridique, c'est sous une forme bien spécifique et, en un sens, beaucoup plus préoccupante car elle ne contient en elle-même aucun principe de limitation.

Répondre à la dangerosité : une politique pénale de l'illimité

Depuis la seconde moitié des années 1990, nous assistons à une recomposition progressive du champ de la pénalité en fonction d'un objectif : la prise en charge de la dangerosité et la prévention de la récidive. Ce phénomène traverse la plupart des pays occidentaux, ce qui laisse supposer que nous nous trouvons face à un changement structurel dont il conviendrait de comprendre les facteurs. En France, la lutte contre la récidive des individus dangereux, et tout particulièrement des auteurs de violences sexuelles, qui ont servi de point de départ dans la diffusion de ces mesures à des groupes toujours plus larges de criminels, a connu un tournant dans les années 1996-1998, avec la loi du 17 juin 1998 sur la prévention et la répression des infractions sexuelles. Depuis, des mesures spécifiques visant à traiter le risque de récidive d'individus présentés comme particulièrement dangereux n'ont cessé d'être votées, instituant un continuum de sécurité et de contrôle, qui ne lâche pas le sujet après son incarcération, mais prolonge de manière plus ou moins définie sa peine, la redouble d'un autre type de dispositif, qui coïncide pour partie avec elle, pour partie non, qui excède le dispositif

d'enfermement, et qui est un dispositif de suivi et de prévention de l'acte potentiellement à venir¹. Des rapports parlementaires proposant une rupture radicale dans l'économie du droit de punir au nom de la prise en charge de la dangerosité se sont par ailleurs accumulés, et la loi de rétention de sûreté n'en est, en un sens, que le triste aboutissement. Il n'est donc pas inutile de commencer par se pencher dessus pour comprendre la philosophie de la loi. Je me concentrerai sur le rapport remis au Premier ministre en 2006 par Jean-Paul Garraud, intitulé « Réponses à la dangerosité » [7], qui, avec le rapport « Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive » remis par Burgelin en 2005, constitue une des bases essentielles de la loi. Son principe premier est le suivant : il faut sortir de la rationalité *légale* dans le traitement des crimes, telle qu'elle est incarnée classiquement dans le code pénal par le principe – fondement de la légalité : une peine déterminée correspond à une infraction, pas de peine sans infraction. La rationalité légale, telle qu'elle se déploie à la fin du XVIII^e siècle, fonctionne en termes de *droits* et de *sujets juridiques*. Elle raisonne selon un *code* bien déterminé, qui répertorie un certain nombre d'infractions à la loi et qui, à chacune de ces infractions, entendues comme un *acte matériel et déterminé*, fait correspondre une peine proportionnée à cet acte. Elle fonctionne par ailleurs dans un espace nettement délimité – qui est celui du territoire où s'exerce une souveraineté – et dans un temps déterminé, qui est celui de la peine proportionnée à l'acte.

Le rapport Garraud propose de s'extraire *volontairement* de cette rationalité légale au nom de la dangerosité². On ne peut comprendre tous les problèmes qui se sont posés autour de la loi sur la rétention de sûreté, et notamment la remise en cause du Conseil constitutionnel, si on ne saisit pas ceci : on revendique le droit absolu à s'extraire de la légalité au nom d'une *réalité menaçante* qui va bien au-delà de ce qu'on va alors dénoncer comme des *fictions juridiques* qui empêcheraient de traiter effectivement la réalité de la menace. Garraud le martèle : il ne s'agit pas de sanctionner un acte, mais de prévenir une potentialité – la récidive – en traitant une dangerosité, donc un état dangereux. Les problèmes fondamentaux de la rationalité légale qui la constituent comme régime de vérité, la culpabilité, la responsabilité du sujet juridique, la nature de son infraction, la volonté de sanction, passent au second plan puisqu'il s'agit ici de mesures fondées sur la seule *dangerosité* d'un individu. Mesures qui ne seront pas des peines, mais des mesures de sûreté. C'est,

¹ Parmi ces mesures, rappelons notamment l'institution du placement sous surveillance électronique mobile, celle du fichier judiciaire des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAS) et celle de la surveillance judiciaire, sans compter les différentes extensions du dispositif de suivi socio-judiciaire et d'injonction de soins.

² Plus précisément, il s'agit de redoubler la légalité d'un dispositif spécifique visant non plus la culpabilité mais la dangerosité. Voir notamment les considérations regroupées sous le titre II, « Tirer toutes les conséquences d'un constat de dangerosité », in [7], p. 100 et sq.

nous allons le voir, le vieux raisonnement des positivistes italiens : sortir de la rationalité légale au nom de l'état dangereux permanent d'un individu. Donc ici, la référence, ce n'est pas un acte, ce n'est pas quelque chose d'actualisé et de matériellement constatable (et contestable dans un débat contradictoire), mais une potentialité d'action qui s'ancre dans des traits de la personnalité de l'individu. On a quelque chose comme une *réalité* qui s'impose, et qui rend obsolètes les vaines fictions juridiques. Alors que la substance du procès pénal est d'imputer (ou non) à un sujet de droit une infraction qu'il aurait commise, d'établir une culpabilité selon un débat contradictoire et réglé par des procédures de vérité ; alors que la question centrale dans ce cas est celle de la vérité : le sujet est-il vraiment l'auteur de l'infraction, ce qui implique aussi d'évaluer le rapport du sujet à son acte et donc sa responsabilité pénale. Ici, la question qui se pose est très différente, puisqu'il s'agit de saisir la réalité d'une menace – l'individu est-il dangereux ? – indépendamment de toutes les procédures réglées de vérification, présentées comme des fictions et des obstacles au saisissement de la réalité. On sort donc de la rationalité légale et on traite d'idéalistes, de naïfs, ceux qui défendent le respect du système de droit. Face à la dangerosité, il faut être *pragmatique*.

Or cette sortie de la rationalité légale a un grand nombre de conséquences.

Tout d'abord, « fondée sur la dangerosité de la personne dont l'évolution est, par nature, imprévisible, la mesure [de suivi de protection sociale] serait prononcée pour une durée indéterminée » [7]³. Ce type de mesures a en effet pour caractéristique d'être renouvelable tant que perdure l'état dangereux du sujet. La dangerosité est présentée comme un état labile, changeant, évolutif, et si on élabore des mesures autour d'elle, il faut qu'elles répondent à cette indétermination par de l'indétermination. Évidemment, c'est là un aspect extrêmement redoutable : autant l'essence de la rationalité légale est de fonctionner sur des catégories juridiques bien définies et codifiées, autant ici nous avons une *indétermination institutionnalisée*, d'autant plus que le rapport Garraud affirme que « les textes régissant cette mesure ne devraient pas faire l'objet d'une codification » [7]⁴. Cette indétermination vaut pour les mesures, mais elle vaut aussi pour les personnes à qui elles s'appliquent, la temporalité de leur application etc. Ainsi, le rapport propose de créer un fichier qui regroupe l'ensemble des données personnelles collectées, pour chaque personne, dans le cadre des procédures judiciaires : toutes les expertises, les hospitalisations d'office, les évaluations, etc. Une somme démesurée d'informations qui permettrait à chaque fois de confronter l'individu à son passé pour mieux évaluer sa dangerosité. Or « la nature même de la dangerosité est d'être évolutive [...] la dangerosité d'un individu ne se

manifeste pas toujours la première fois par un acte criminel d'une grande ou très grande gravité. Aussi, puisqu'il est impossible de repérer ab initio les futurs récidivistes, il ne serait pas cohérent d'instaurer une telle base de données [...] tout en limitant l'application à certains types de personnes ou à un certain type d'infractions » [7]⁵ ; comme tout le monde peut se révéler potentiellement dangereux, comme il n'est pas même possible de déterminer à l'avance un profil de risques et d'identifier les individus à risque, il convient de fichier toutes les personnes qui sont saisies par la justice, « quelle que soit la personne visée ou la nature des faits commis » [7]⁶. Nous avons donc une inflation infinie dans la quête des informations, visant à saisir la réalité d'une menace qui échappe toujours, et qui fait que tout doit être enregistré puisque « ça peut toujours servir ». Et « parce que, sauf exception, la disparition complète de la dangerosité d'une personne n'est jamais certaine, et parce que [...] la répétition de faits graves par une même personne peut intervenir à plusieurs dizaines d'années d'intervalle, le principe devrait être la conservation des données jusqu'au décès de l'individu » [7]⁷. On passe donc de l'indétermination à l'indéfini, et de l'indéfini à l'illimité. Cet illimité, c'est aussi l'illimité du territoire, et cela bien au-delà du territoire où s'exerce la souveraineté, puisque depuis 1998 s'applique une forme d'extraterritorialité des poursuites en matière de crimes sexuels. C'est un illimité qui est fondé sur l'incertitude et le caractère quasi irréductible de cette incertitude. Mais alors que, dans le système légal classique, cette incertitude est envisagée de manière positive, au sens où elle profite à l'accusé, ici, c'est le contraire : elle est perçue comme fondamentalement menaçante et justifie ainsi une extension indéfinie des mesures. Ce qui se développe, c'est un type de gouvernement qui fonctionne à l'incertitude, qui fait d'un certain type d'incertitude – non délimitée, et ressentie comme une menace constante – à la fois son objet et sa technique privilégiée de réponse et de fonctionnement.

D'autre part, puisqu'il y a disjonction entre la mesure et l'infraction, la nature de l'infraction importe peu, d'autant plus, comme le dit Garraud, que de petites infractions peuvent cacher une grande dangerosité [7]⁸. L'un des objets principaux du rapport est précisément de permettre la mise en place de mesures indéfinies indexées sur la seule dangerosité du sujet, indépendamment de la gravité de l'infraction. Cet aspect peut sembler ne pas avoir été retenu dans la loi, puisque celle-ci restreint la mesure à certaines infractions, en tant néanmoins qu'elles témoignent d'une dangerosité ; mais en fait, l'intitulé de la loi et les débats qui ont eu lieu à l'assemblée, notamment les déclarations

³ P. 73.

⁶ Ibid.

⁷ P. 75.

⁸ P. 120.

³ P. 137.

⁴ P. 135.

du rapporteur Georges Fenech, soulignent la validité de cette disjonction entre mesure et infraction, puisqu'on a invoqué la « dangerosité » égale des violeurs et criminels sur majeurs pour justifier l'extension de la mesure ; c'est bien la dangerosité qui rend compte du fait que le dispositif, d'abord limité à quelques infractions, a immédiatement été étendu à d'autres, et il est éminemment probable que ce n'est qu'un début, comme ce fut déjà le cas pour le suivi socio-judiciaire. La dangerosité est un concept fondamentalement flou qu'il est très facile de distendre selon les circonstances.

Enfin, puisqu'il ne s'agit pas d'une peine sanctionnant un délit, la mesure est susceptible d'être rétroactive. Nous entrons dans une temporalité très différente de la temporalité légale : il s'agit d'une temporalité indexée sur la dangerosité, donc indéterminée dans le futur et plongeant indéfiniment dans le passé : en témoigne le fait que ni l'amnistie ni même la réhabilitation, présentées comme des fictions juridiques [7]⁹ qui ne peuvent avoir de valeur confrontées à la réalité du danger, ne peuvent justifier l'effacement de la dangerosité ; et que pour les criminels réputés dangereux, particulièrement sexuels, il n'y a presque pas de prescription possible.

L'un des points qui apparaît à partir du rapport Garraud, comme étant un élément central de la prise en charge de la dangerosité en ce qu'elle s'écarte – et doit s'écarter – de la légalité, c'est ceci : l'illimité et l'indétermination des mesures, ce qui signifie aussi qu'on en a jamais fini avec la sécurité ; c'est une caractéristique extrêmement importante de l'évolution de la pénalité aujourd'hui, en ce que justement elle redouble la peine proprement dite, elle redouble même l'enfermement comme « discipline », d'un objectif de sécurisation et de prévention de l'acte à venir, de l'acte potentiel. Et il s'agit là d'un objectif qui *n'a pas de terme*, un peu à la manière d'un certain type de soin – celui des maladies chroniques, auquel la dangerosité est d'ailleurs parfois comparée¹⁰. Le résultat est la mise en place d'un continuum de contrôle *indéfini* après la peine, qui prendra d'ailleurs souvent la figure privilégiée du soin. Appuyer ce dispositif de contrôle et de gestion de la récidive sur un dispositif de soin permet dans une certaine mesure de légitimer son indétermination fondamentale et son absence de limites. Les acteurs de la santé mentale doivent en être conscients avant de s'engager (ou non) dans ce dispositif. Lorsque, suite à une initiative populaire, la Suisse a inscrit dans sa constitution un texte autorisant l'internement à vie, sans possibilité de réexamen ou de sortie, des délinquants particulièrement dangereux, elle est parvenue à contourner

⁹ P. 75.

¹⁰ Cf. par exemple le directeur d'un programme de prise en charge des auteurs de violences sexuelles canadien cité par Lacombe [9], p. 59. « La violence sexuelle, c'est comme le diabète. Ça ne disparaîtra pas. Tu ne pourras en être guéri [...] par contre, est-ce que tu peux la gérer ? Oui ! Tout le traitement vise à t'apprendre à gérer les risques d'une récidive. »

les interdictions européennes concernant l'incarcération sans espoir de sortie en jouant justement sur cette ambiguïté et en précisant que de nouvelles expertises pourraient être effectuées « si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que le délinquant peut être amendé » [8]¹¹. Cette indétermination des mesures vaut du point de vue temporel : on autorisera donc, grâce à une confusion du soin et de la peine, le renouvellement indéfini des mesures ; du point de vue spatial : il s'agit de mesures qui rompent très nettement le clivage entre l'ouvert et le fermé, comme entre la prison et l'hôpital psychiatrique, et s'étendent sur un territoire indéfini ; du point de vue des catégories visées : la dangerosité est un concept suffisamment flou pour s'étendre à tout un ensemble de sujets ; et du point de vue, enfin, des objectifs mêmes de ces mesures : s'agit-il de soigner, de réinsérer, de punir, de contrôler ? Et sans objectif clair, c'est-à-dire effectivement contrôlable, comment déterminer le terme de ces mesures ? Cette indétermination et ce caractère illimité, c'est précisément l'espace dans lequel à tous les niveaux peuvent venir – et viennent effectivement – se loger *l'arbitraire et l'abus*. Au nom du fait qu'on ne saurait a priori fixer de limites au traitement d'une menace qu'on présente comme étant, par essence, indéterminée et évolutive, que toutes ces limites seraient des fictions qui ne feraient qu'embarrasser le traitement de la réalité de cette menace, on ne fait rien de moins que rompre effectivement avec la tradition libérale du droit.

Le retour du positivisme juridique ?

Cette sortie de la rationalité légale, cette rupture avec la tradition du droit classique au nom du traitement de la dangerosité des individus est quelque chose de bien connu des historiens de la criminologie. Elle constitue la substance de ce qu'il est convenu d'appeler le positivisme juridique, c'est-à-dire ce mouvement qui, en prolongement de l'anthropologie criminelle de la seconde moitié du XIX^e siècle, a proposé l'institution d'un droit de punir qui ne soit plus fondé sur les notions métaphysiques de « faute » et de « responsabilité », non plus que sur les fictions juridiques de l'infraction ou du sujet de droit, mais sur des faits positifs, attestés par les sciences biologiques et sociales ; un droit de punir qui ne soit que la réaction normale de l'organisme social à la dangerosité et à la menace que représente pour lui tel individu. C'est ce passage, de la responsabilité à la dangerosité comme fondement de la pénalité, qui semble se jouer à nouveau aujourd'hui, sous une forme néanmoins très différente.

Tout au long du XIX^e siècle, à travers le développement des savoirs sur le crime, se constitue l'idée de *la naturalité du crime* et des facteurs naturels et sociaux de son appari-

¹¹ P. 306.

tion, de sa répartition, etc. De sorte qu'à force de prétendre expliquer le crime par des facteurs généraux et scientifiquement déterminés, on finit par mettre radicalement en cause toute dimension individuelle, toute idée de choix moral dans le moindre crime. L'un des textes les plus importants sur ce point est évidemment *L'Homme criminel* de Cesare Lombroso [10]. Une partie des criminels y sont décrits comme des *criminels-nés*, des êtres qui constituent comme des fixations à des moments antérieurs du développement de l'espèce humaine ; pour ces criminels-là, l'agir criminel est inscrit dans leur nature à un tel point qu'ils ne peuvent être ni soignés ni punis au sens classique du terme : la sanction est pour eux inefficace, ils sont incorrigibles parce qu'en eux le crime ne relève pas d'un quelconque choix mais d'une tendance criminelle plus ou moins innée. Fonder une punition de ces sujets sur leur responsabilité serait injuste, puisqu'ils ne sont pas responsables de leur sort ; ce sont des êtres « malheureux », déterminés par des facteurs qu'ils ne peuvent contrôler. Pour Lombroso, seule une action préventive – qui passe par l'éducation le plus tôt possible, une hygiène de vie et de reproduction, une action sur les causes et les facteurs multiples de production de ces individus tarés –, afin d'éviter ou de limiter leur apparition ; et une action répressive, qui ne soit pas fondée sur les notions de libre arbitre et de responsabilité morale, sont alors pertinentes.

Les positions de Lombroso ouvrent la voie à l'école positiviste italienne, qui joue un rôle important dans le débat, qui se développe à la fin du XIX^e siècle, sur la nécessité de refonder le droit de punir, non plus sur la responsabilité morale individuelle mais sur la dangerosité des individus et la pratique d'une défense de la société. Il s'agit d'un débat décisif, qui parcourt l'ensemble des pays occidentaux, implique psychiatres, criminologues, juristes, politiques, et qui aboutira à un certain nombre de mesures de défense sociale et notamment ces fameuses mesures de sûreté qui sont de nouveau à la mode aujourd'hui. Ce débat est lié notamment à l'émergence du problème de la récidive, qui n'est bien sûr pas nouveau mais qui apparaît de plus en plus flagrant avec l'amélioration des techniques d'identification des criminels et le développement des villes. Comme le note John Pratt [12], les individus dangereux pour lesquels sont passées les premières lois de rétention indéfinie, ce sont ces criminels que l'on dit « criminels d'habitude », condamnés parfois plus d'une vingtaine de fois, essentiellement pour des crimes portant sur les biens, pour des escroqueries, etc., qui ont fait de la criminalité un mode de vie et qui acceptent la prison comme un risque professionnel.

Le débat porte avant tout sur ceci : comment légitimer un droit de punir, du moment que l'on renonce à la notion de responsabilité morale individuelle ? Enrico Ferri, l'un des promoteurs les plus importants de l'école positiviste italienne, résume les choses ainsi : « *L'homme n'est pas doté d'un libre arbitre : chacune de ses volontés est déterminée nécessairement, l'une après l'autre, par son*

état d'esprit, lequel à son tour dépend nécessairement des conditions de son organisme, lesquelles à leur tour dépendent nécessairement du milieu extérieur [4]¹². » La responsabilité morale individuelle fondée sur le libre arbitre est un dogme métaphysique dont la science a montré, à tous les niveaux, qu'il était une pure illusion [5] : l'idée selon laquelle une infraction est imputable à un sujet en raison de sa responsabilité morale est totalement infondée ; tout aussi infondée est la notion même d'infraction juridique, comme simple acte violant la loi, indépendamment de la personne qui la viole et des multiples déterminants qui l'amènent à la violer : comme le dit Ferri, « *un délit sans un délinquant qui le commet [c'est la fiction juridique du délit] est totalement impensable, tandis qu'il est possible d'imaginer, au sens biologique [...] un délinquant qui n'a pas commis de crime* » [5]¹³ ; position très importante car elle conteste l'idée même d'une pénalité fondée sur les seules infractions juridiques, et insiste sur la nécessité d'envisager non l'infraction mais la personne – dans toutes ses déterminations – qui est réputée délinquante, et ce même sans avoir encore commis de délit. Non seulement, ajoute Ferri, cette idée d'une responsabilité morale est fautive, mais elle est dangereuse car elle aboutit à ceci qu'on va excuser – en leur trouvant des déterminants qui atténuent leur responsabilité – les criminels les plus dangereux pour la société.

La notion de responsabilité morale individuelle étant invalidée, on ne va pas se soucier de savoir si le sujet est ou non, à un degré plus ou moins grand, responsable de ses actes ; ce qui va importer, *ce sera la potentialité de danger que représente un individu par rapport à la société, au corps social* ; il s'agira donc de proportionner la peine à la dangerosité du sujet et non à sa responsabilité par rapport à une infraction. Ce qui, note Ferri, conduit à « *une plus grande sévérité contre les délinquants les plus graves et les plus dangereux et les plus anormaux (criminels nés, fous), et par contre à un traitement plus humain [...] envers les délinquants de moindre envergure et moins redoutables, comme les criminels d'occasion ou qui agissent par passion* » [5]¹⁴. Cela implique toute une gradation de mesures, depuis un ensemble de mesures de prévention, de substitution de peines, jusqu'à la détention indéfinie des criminels irrécupérables, trop dangereux pour la société, ou leur élimination. Ce qui importe, donc, c'est cette disjonction radicale opérée entre droit de punir de la part de la société et responsabilité morale individuelle : dans un siècle scientifique, le droit de punir ne peut se fonder sur une notion aussi vague et métaphysique que la notion de libre arbitre ; elle doit se fonder sur des *faits positifs* et incontestables, issus notamment de la biologie : tout organisme

¹² P. 8.

¹³ P. 378.

¹⁴ P. 397.

vivant, et l'organisme social en est un, a le besoin et le droit d'éliminer les éléments qui menacent sa survie ou son développement : la fonction pénale est le mode « civilisé » de défense contre les éléments internes qui menacent la société en son ensemble, et le droit de punir est donc fondé sur ce principe fondamental de défense sociale. Ces savoirs sur le crime qui, selon Foucault, étaient censés faciliter le vilain métier de punir en lui donnant un surcroît de sens, finissent donc, ironiquement, par mettre à nu *un pur droit de punir*, vidé de toute fioriture. Inversement, dans l'analyse de Ferri, l'idée d'une punition qui soit proportionnée à la faute et à l'intention de l'auteur est une vision proprement religieuse du droit qui doit être dépassée. Gabriel Tarde résume bien ce droit de punir à l'état pur, qui se veut objectif et scientifique, proportionné à la seule dangerosité du délinquant, quand il écrit : certains ont proposé, « *en niant que l'idée de faute morale ait un objet réel [...] de punir sans indignation ni mépris, de frapper comme fait le boucher, sans haine ni colère, tout individu nuisible, réputé coupable ou non* » [17]¹⁵.

Cette position évidemment extrême est pour cette raison même intéressante : elle fait émerger, à la suite d'une critique radicale de la notion de responsabilité individuelle, la notion de « dangerosité » du sujet par rapport à la société comme le seul fondement de la pénalité. Ce qu'il convient de noter, néanmoins, c'est que même des personnes qui, comme Gabriel Tarde ou Paul Dubuisson, essayent, de manières très diverses, de préserver la notion de responsabilité morale individuelle le font toujours en introduisant le principe d'une responsabilité sociale : autrement dit, la question du rapport du sujet à lui-même, à ses actes, étant pour ainsi dire insoluble, l'enjeu principal est celui du compte que le sujet doit rendre à la société comme corps organisé dont il est plus ou moins membre.

Que ce soit pour une minorité d'inassimilables et d'incorrigibles, ou bien à titre de principe fondamental du droit de punir, la question de la défense de la société face à la dangerosité prend à la fin du XIX^e siècle une dimension importante. Elle va s'incarner dans des mesures de relégation des individus dangereux, des mesures de sûreté à durée indéterminée, qui vont être adoptées dans de nombreux pays anglo-saxons, en Belgique, en Allemagne, notamment, et dans des établissements situés à la croisée du soin et de la peine, comme les asiles de sûreté, permettant l'internement indéterminé des délinquants « anormaux mentaux », qui sont décrits comme n'ayant leur place « *ni dans les prisons ni dans les asiles d'aliénés ; comme d'autre part ils sont encore moins à leur place dans la société, des mesures de sûreté sont nécessaires* » [14]¹⁶.

Il est incontestable que la loi actuelle de rétention de sûreté s'inspire de ces mesures, et les références évoquées

par Rachida Dati, par Georges Fenech, et par les auteurs des différents rapports sur la mise en place de centres fermés pour récidivistes et délinquants dangereux sont pour la plupart des héritages des principes de défense sociale. La notion de « mesure de sûreté », la mise au cœur du dispositif pénal de la dangerosité et les principes généraux des rapports Burgelin et Garraud relèvent tout aussi expressément de la tradition du positivisme juridique¹⁷. Néanmoins, il y aurait une certaine naïveté à en déduire que nous nous trouvons face à un simple « retour » des politiques de défense sociale inspirées des principes du positivisme ; il y aurait un aveuglement à vouloir y retrouver une forme de « fascisme » qui menacerait l'individu au nom de l'ordre social ; sans doute l'histoire que j'ai rappelée nous y invite, et Élisabeth Guigou et, plus modérément, Robert Badinter s'y sont notamment risqués. De la part d'Élisabeth Guigou, l'accusation est sans doute aussi une manière de ne pas admettre que sa loi sur la prévention et la répression des infractions sexuelles relève du même type de rationalité que la loi de rétention de sûreté qu'elle dénonce. Mais le mouvement dont participe la rétention de sûreté est à la fois différent et, en un sens, plus inquiétant, car beaucoup plus difficile à critiquer, qu'une simple mesure de défense sociale. S'il n'était que cela, nous aurions des arguments déjà prêts ; nous pourrions en rester à une dénonciation du type : un sujet, même criminel, a des droits individuels qui doivent contrebalancer l'intérêt social. On ne saurait subordonner chaque individu singulier, comme sujet humain et comme sujet de droit, à la défense de l'État et de la société. Et donc on se trouverait en terrain familier ; on pourrait adopter la posture rassurante de celui qui lutte pour les opprimés, les sans-parole ou les sans-droits, quand bien même ce sont des criminels, face à la toute puissance des mécanismes sociaux, au nom des droits humains. On pourrait arguer que la société doit modérer sa réponse face au criminel au nom des droits individuels. Mais pour plusieurs raisons, cette argumentation ne fonctionne plus, et la critique s'en trouve profondément désorientée. Ces raisons conduisent par ailleurs à poser une question assez grave : nous sommes face à un mode de légitimation de mesures – de mesures fondamentalement abusives, qui contiennent l'abus dans leur principe même¹⁸ – qui ne souffre d'aucune limite et qui délégitime du même coup toute forme de critique. La défense de la société avait comme limite interne la défense des droits de certains individus ou de certaines classes ; le

¹⁷ Pour une analyse de l'influence du positivisme juridique dans certaines évolutions du droit pénal actuel, cf. la thèse très importante d'Arnaud Coche [2], qui a servi de base au rapport Garraud et [16].

¹⁸ Comme le rappelle une étude publiée dans *The Lancet* [1], pour prévenir un acte violent sur un an, il faut enfermer au moins six personnes diagnostiquées atteintes de Dangerous Severe Personality Disorders, soit un enfermement abusif de cinq personnes sur six. Ce résultat vaut ce qu'il vaut, mais il nous rappelle en tout cas ce point décisif que la rétention de sûreté sera – probablement *toujours*, à moins d'imaginer qu'on puisse prédire un jour exactement la dangerosité, ce qui est absurde – abusive.

¹⁵ P. 353.

¹⁶ P. 342.

mode de légitimation qui est aujourd'hui dominant – et non pas simplement dans le champ du crime et de la peine – ne semble en présenter aucune.

De la société à la victime

Il convient donc de faire apparaître nettement ce qui distingue d'un côté le positivisme juridique et le contexte dans lequel s'est posé le problème de la dangerosité, et son apparent retour actuel de l'autre, afin de bien comprendre dans quel contexte nous nous trouvons. Le positivisme juridique, tout d'abord, est fondamentalement lié à l'émergence de l'État providence : il est absolument contemporain de ce qu'on a appelé la « naissance du social », et tout son raisonnement repose là-dessus : la société est un organisme social, identique en ce sens à un organisme biologique ; dans ce cadre, c'est le rapport du criminel à la *société* qui est en jeu ; il n'y a pas trace de la victime dans l'affaire. C'est effectivement au nom de la société, de sa survie ou de son maintien, que l'individu dangereux est neutralisé. Et parce qu'il s'agit de la société, de manière significative, les criminels réputés dangereux sont d'abord et avant tout ceux qui menacent la société au sens large, parce qu'ils constituent des sociétés du crime, parce qu'ils attentent à la propriété, parce qu'ils refusent de se fixer ou de prendre une seule identité ; ce ne sont pas les crimes sur les personnes mais les crimes sur les biens qui sont d'abord visés [12]. Le crime, par ailleurs, est considéré comme une composante *normale* de la société. Quant au criminel, il représente une menace certes, mais aussi un fait dont la société est, en un sens, responsable – cette dimension tend à être occultée dans les relectures diabolisantes qui sont faites des travaux de Lombroso, de Ferri ou de Garofalo, mais elle est extrêmement importante pour comprendre la logique du positivisme juridique : une bonne part des mesures proposées par ses promoteurs sont des mesures d'hygiène sociale, d'éducation, d'amélioration des conditions de vie. La naturalité du crime et l'objectivité de la réponse apportée en sont un autre élément essentiel ; il s'agit de vider complètement le crime de ses connotations morales et affectives pour le considérer comme une perturbation objective, à laquelle on doit répondre indépendamment de toute morale et de tout sentiment. Il s'agit de réagir objectivement à la criminalité envisagée comme un fait objectif, avec des techniques qui se prétendent scientifiques et scientifiquement fondées. Pour le dire abruptement, un positiviste regarderait probablement aujourd'hui des échelles actuarielles et proportionnerait exactement la réponse judiciaire à ces échelles, sans se soucier une seule seconde des plaintes des victimes ; or ce n'est pas ainsi, quoiqu'en aient dit à une époque les dénonciateurs de la « nouvelle pénologie », que sont gérés effectivement les individus dangereux, et ce ne sont pas les principes selon lesquels les gouvernants affirment agir : certains crimes, qui caractérisent les individus dangereux, sont surchargés de significa-

tions morales et affectives, qui font que la réponse qui leur est donnée s'écarte explicitement de tout raisonnement purement objectif, ou se présentant comme tel. Enfin, nous avons vu que l'enjeu central de la dangerosité à la fin du XIX^e siècle est qu'elle se substituait à la responsabilité dans l'économie du droit de punir : la responsabilité morale étant invalidée, la dangerosité que le sujet représentait face à la société était le critère décisif de l'action pénale.

Or on voit bien que, sur tous ces points, la situation actuelle est extrêmement différente et, me semble-t-il, beaucoup plus redoutable.

À la fin du XIX^e siècle, ce qu'on affirmait finalement, c'est que non seulement le fou, mais aussi tout sujet criminel, était aliéné de sa volonté libre, et que pour cette raison le critère de la responsabilité morale ne valait plus. Aujourd'hui, c'est presque l'inverse qui est vrai. Il existe, bien évidemment, tout un ensemble de discours qui rapportent le crime, notamment sexuel, à des facteurs génétiques ou biologiques ; mais à la rigueur, le problème ne situe pas là. On trouvera aussi tout un courant pour affirmer que non seulement le criminel, mais aussi le malade mental est un sujet de droit, donc un sujet autonome, et un sujet qui par conséquent a aussi des devoirs et doit être tenu pour responsable¹⁹. Reprenant les argumentaires anti-aliénistes des années 1960, un certain nombre des promoteurs de la « santé mentale » dénoncent le caractère ségrégatif de la notion de malade mental et demandent « de lui reconnaître de façon éminente sa place et sa parole de sujet et de citoyen » [11]²⁰ ; les « problèmes » rencontrés par le sujet n'annulent donc pas ses droits ; il n'a aucune spécificité, il est, si l'on veut, un malade comme un autre. Mais si le malade mental est un sujet comme un autre, et qu'on s'insurge (à raison) contre la ségrégation dont il était l'objet auparavant, qu'on affirme par ailleurs sa responsabilité, sa relative autonomie, sa faculté de choix et d'implication dans des processus décisionnels, alors on en vient à dénoncer ce que les auteurs du rapport Piel/Roelandt appellent « le dogme de l'irresponsabilité pénale des personnes malades mentales » et à critiquer l'opposition entre les logiques de soin et pénale qui est « *stérile tant au plan des intérêts de l'individu que de ceux de la société* » [11]²¹. Puisque le malade mental reste sujet et citoyen, alors il est un sujet de droit, susceptible de comparaître au tribunal de la société qui est la sienne. Il doit d'autant plus être dans le procès que, selon une vulgate qui tend à se développer pour justifier l'articulation entre soin et justice, une telle « *confrontation à la justice pour l'acte commis est chose nécessaire pour lever le déni et contraindre le mis en cause à s'interroger sur son propre fonctionnement* » [11]. Elle joue un rôle dans la resubjectivation du sujet et permet,

¹⁹ Sur toutes ces questions, cf. [3].

²⁰ P. 21.

²¹ P. 37.

ainsi que le précise une citation fournie par Piel et Roelandt, de « provoquer une situation dans laquelle la personne obligée perçoit, malgré sa vulnérabilité pénalement stigmatisée, *que n'est pas niée son autonomie* » [11]. Derrière ces déclarations, il y a sans doute un enjeu plus général : si la question de la responsabilité perd en quelque sorte son sens, ce n'est pas qu'elle disparaisse simplement au profit de la dangerosité, mais au contraire qu'elle devienne omniprésente. Seulement, il s'agit d'un type bien spécifique de responsabilité, où ce qui compte, c'est moins le rapport effectif du sujet à son acte – était-il *dans* son acte ou était-il déterminé par une force qui l'excède ? – que les dommages catastrophiques de l'acte sur des personnes incarnées et la nécessité, pour « compenser » en partie ces dommages incomensurables, de leur assigner un auteur qui les prenne sur lui. Rien n'est plus symbolique de cette articulation le fait que la loi de rétention de sûreté comporte comme autre volet des dispositions qui formalisent les règles de déclaration de l'irresponsabilité des malades mentaux, après avoir eu longtemps le projet d'instituer une procédure de « culpabilité civile ».

Si l'on poursuit la comparaison, les différences se font plus nettes encore. Tandis que le positivisme juridique était intimement lié au développement de l'État providence, la question de la dangerosité réapparaît dans les années 1980-1990 au moment précisément où le modèle de l'État providence s'affaiblit [6]. Ce n'est plus la société en son ensemble qui est ici en jeu mais une multiplicité de groupes qui, depuis les années 1970, luttent pour la reconnaissance de leurs droits et tâcheront par la suite de faire reconnaître leur statut de victimes. Il est évident que la pénalisation des crimes sexuels et la reconnaissance de l'agresseur sexuel comme figure fondamentale de la dangerosité se situent au croisement de la lutte pour la reconnaissance des droits des femmes, de l'enfant, des victimes et des homosexuels (dans ce dernier cas, à travers la distinction qui s'établit difficilement dans les années 1980-1990 entre homosexualité d'un côté, légitime et protégée, et pédophilie de l'autre, réprouvée et pénalisée). Et ce n'est certainement pas au nom de la société comme organisme vivant qui se préserverait à tout prix de ses dangers internes, mais bien au nom d'individus incarnés, individualisés, de personnes singulières avec leurs droits propres, avec surtout peut-être leurs souffrances ; d'individus qui ont des *visages* et non pas, pas du tout même, au nom des membres anonymes d'un organisme social, que le gouvernement de la dangerosité s'opère. Les lois qui sont votées le sont explicitement au nom d'individus singuliers et de manière circonstancielle, alors qu'elles apportent des transformations radicales de notre droit général²². Contrairement donc au positivisme juridique qui se fondait exclusivement sur la défense de la société, ce qu'il

faut préserver ici, ce sont *les victimes*. Comme le note Jonathan Simon, « *au centre de la nouvelle rationalité de production des lois se trouve la victime. Les victimes sont au sens fort les sujets représentatifs de notre époque.* » [15]²³. Et cela vaut d'ailleurs à tous les niveaux, non simplement au niveau pénal : une loi tend de plus en plus à apparaître comme légitime uniquement si elle répond à une victimisation et à une souffrance : « *c'est dans l'expérience de la victimisation, ajoute Simon, et (plus communément encore) dans la possibilité imaginaire d'une victimisation que le consensus nécessaire à la production des lois a été redéfini aujourd'hui* » [15]²⁴. Ce qui implique en retour que pour être pris en compte par le législateur et par la société – par les médias notamment –, il faut être capable de se présenter et de se subjectiver comme victime, c'est-à-dire comme sujet singulier d'une souffrance. Or il faut bien voir que cette possibilité là n'est *pas* donnée à tous, que chacun n'est pas égal, loin de là, face à elle ; et ce qui se manifeste, c'est un conflit d'expérience victimaire, c'est une lutte et une opposition entre souffrances, c'est enfin la nécessité d'obtenir que sa souffrance soit représentée et la mise en place de mécanismes représentatifs, notamment associatifs, qui agissent en ce sens.

Il est clair que cette différence radicale du sujet de légitimation des mesures induit un certain nombre de conséquences, dont certaines sont extrêmement préoccupantes. D'une part, les individus dangereux ne sont plus ceux qui menacent la société en son ensemble, les actes contre la propriété par exemple, mais on considérera la dangerosité à l'aune de la manière dont l'acte atteint un sujet incarné dans sa chair et dans son psychisme singuliers. Les criminels dangereux ne seront plus fondamentalement les criminels d'habitude, mais bien les criminels qui lèsent de manière irréparable, impossible à compenser, la singularité d'une victime. D'autre part, tant que le risque que faisait courir l'individu dangereux était rapporté à la société en son ensemble, on pouvait imaginer l'inscrire dans un calcul qui valait pour la population en général ; on pouvait dans une certaine mesure accepter de courir un risque s'il était « non significatif ». C'est désormais quelque chose d'inimaginable : va-t-on courir le risque de la moindre récidive, puisqu'on sait que cette récidive portera sur une victime incarnée, avec un nom, une histoire, un visage, des émotions, des parents etc. ? À l'évidence, non ; et ni la juridiction ni les experts, ne seront prêts à prendre ce risque dans la mesure où ils en seront comptables nominativement ensuite. Contrairement au positivisme juridique qui visait à vider l'acte de punir de toute morale et de toute affectivité, nous nous trouvons ici face à une réponse fondamentalement marquée du sceau de l'affectivité, parce qu'elle porte sur ce qui est présenté comme des intolérables

²² Voir sur ce point les déclarations à l'Assemblée de Georges Fenech ou Rachida Dati, ainsi que les analyses de David Garland [6].

²³ P. 75.

²⁴ P. 77.

absolus. Ce phénomène porte en lui des dangers assez proches de ceux que Carl Schmidt décrivait à propos de l'usage de la notion d'« humanité » dans le champ politique : la notion d'humanité disqualifie radicalement l'ennemi, elle est proprement illimitée et justifie sa destruction absolue, en tant qu'être inhumain. Ce type « monstrueux » d'ennemi se trouve vidé de tout droit [13]. L'individu dangereux, et notamment l'agresseur sexuel, lui ressemble dans le système qui se met en place : on préférera donc faire peser le risque de se tromper, le risque d'abus de rétention, sur ce criminel, dans la mesure où il est facile d'oublier qu'il a lui aussi un nom, une histoire, un visage, des émotions, ou tout au moins des droits. Il y a évidemment des moments où ces mécanismes déraillent, où le supposé criminel prend soudain ce visage, où il se transforme brusquement en victime, et en victime nécessairement innocente. Le cas d'Outreau en est le meilleur exemple. Mais de manière générale, il n'est plus question d'invoquer désormais le discours du droit des individus face à la société, parce que le problème n'est plus là. Immédiatement, on opposera – et on oppose en effet – la souffrance de victimes incarnées et le fait qu'elles aussi ont des droits, qui doivent primer sur tout le reste, et notamment sur ceux d'un être fondamentalement inhumain. Ce qui se pose ici, de manière cruciale, ce sont les limites que l'on doit poser à ce type de raisonnement ; car s'il ne nous semble pas trop grave du moment qu'il concerne ces « monstres » que seraient les agresseurs sexuels, il a la faculté de s'étendre progressivement et de menacer gravement les principes du droit, en leur opposant un absolu, une sorte de légitimité incontestable qui rend muette toute légalité. La question qui se pose donc nécessairement à ceux qui sentent que, malgré tout, il y a quelque chose d'inacceptable qui se passe ici, c'est de trouver une autre manière de lutter, qui prenne acte de ces transformations et refuse de se laisser enfermer dans le piège qui consiste à opposer les droits et les souffrances individuels ; qui refuse l'alternative « si vous êtes contre ces mesures, vous êtes pour les monstres et contre les victimes ». Non, nous sommes plus simplement pour le respect d'un droit commun comme condition d'une communauté politique.

Références

1. BUCHANAN A, LEESE M. Detention of people with dangerous severe personality disorders : a systematic review. *Lancet* 2001 ; 358 : 1955-9.
2. COCHE A. *La Détermination de la dangerosité des délinquants dans le droit pénal*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.
3. DORON C-O. La maladie mentale en question. In : MISSA J-N, ed. *Les Maladies mentales, Cahiers du Centre Georges-Canguilhem, n° 2*. Paris : PUF, 2008 : 9-45.
4. FERRI E. *I nuovi orizzonti del diritto penale*. Bologna : Zanicheli, 1881.
5. FERRI E. *Sociologia Criminale, 3e ed.* Torino : Fratelli Bocca, 1892.
6. GARLAND D. *The culture of Control*. Oxford-New York : Oxford University Press, 2001.
7. GARRAUD J-P. *Réponses à la dangerosité*. Rapport de la mission parlementaire sur la dangerosité. Paris : La Documentation Française, 2006.
8. GRAVIER B, RAGGENBASS R, GASSER J., « Questions éthiques et cliniques posées par l'adoption de l'initiative sur l'internement à vie des délinquants particulièrement dangereux par le peuple suisse ». *Bulletins des médecins suisses* 2006 ; 87 : 304-309.
9. LACOMBE D. Consumed with sex : the treatment of sex offenders in risk society. *Br J Criminol* 2008 ; 48 : 55-74.
10. LOMBROSO C. *L'uomo delinquente (1876), trad. fr. sur la 4e édition italienne, L'Homme criminel*. Paris : Félix Alcan, 1887.
11. PIEL E, ROELANDT J-L. *De la psychiatrie à la santé mentale*. Editeur? 2001.
12. PRATT J. *Governing the dangerous*. Sidney : The Federation Press, 1997.
13. SCHMIDT C. *Der Begriff des Politischen (1932), trad. fr., La Notion de politique*. Paris : Flammarion, 1992.
14. SÉRIEUX P, LIBERT L. « De l'internement des anormaux constitutionnels. Asiles de sûreté et prisons d'état. » Communication au Congrès international d'anthropologie criminelle de Cologne, oct. 1911, in *Archives d'anthropologie criminelle*, 1912.
15. SIMON J. *Governing Through Crime*. Oxford-New York : Oxford University Press, 2007.
16. TABERT N. *L'Influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008.
17. TARDE G. « Sur la responsabilité pénale. » Rapport présenté au Congrès d'anthropologie criminelle de 1889, in *Archives d'anthropologie criminelle*, 1889.