



HAL
open science

La défense sociale en France : un regard biculturel

Anne Wyvekens

► **To cite this version:**

Anne Wyvekens. La défense sociale en France : un regard biculturel. La peine dans tous ses états
Hommage à Michel van de Kerchove, Larcier, pp.295-316, 2011. halshs-00583638

HAL Id: halshs-00583638

<https://shs.hal.science/halshs-00583638>

Submitted on 21 Dec 2017

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.

La défense sociale en France : un regard biculturel

Anne WYVEKENS

Chargée de recherche au CNRS (CERSA)
Chercheure associée au SIEJ

La France (re)découvre-t-elle la défense sociale? (Re)découvre-t-elle, dans le même mouvement, la criminologie? Telle est la double question que je voudrais aborder, à l'occasion de cet hommage à Michel van de Kerchove, à travers l'analyse de la récente loi française créant la rétention de sûreté¹. Mon regard sera « biculturel » : de façon conjoncturelle d'abord, dans la mesure où le propos trouve son origine dans une recherche franco-belge²; de façon structurelle surtout, car cette réflexion sur une législation française s'appuiera sur une formation juridique et criminologique acquise en Belgique.

Chargé du volet juridique belge de la dite recherche, Michel van de Kerchove (2010) évoquait la loi de défense sociale, récemment modifiée, en termes de « changement dans la continuité ». Côté français, pas de loi de défense sociale, ni d'établissements du même nom. Mais pas non plus de continuité. Une loi venait d'être votée³, instaurant la rétention de sûreté, mesure d'enfermement après la peine destinée aux personnes considérées comme particulièrement *dangereuses*, unanimement qualifiée de « rupture », de « révolution » en droit pénal français⁴.

La première question concerne la substance même de la loi – ses présupposés, ce qu'elle met en œuvre –, c'est la question de l'émergence en France d'un esprit de « défense sociale ». La seconde question, plus extérieure, sera traitée plus brièvement, en conclusion. Elle concerne une autre « découverte » que ferait la France, dans le même temps : celle de la criminologie, comme outil à mettre au service de la lutte contre la récidive. Avec la loi du 25 février 2008, la France découvre-t-elle – bien après la Belgique – et la défense sociale, et la criminologie? Mais quelle défense sociale? Quelle criminologie?

¹ Cette contribution est une version remaniée de l'article paru dans *Déviance et société*, 2010, n° réf., sous le titre « La rétention de sûreté : une défense sociale en trompe-l'œil ».

² Y. CARTUYVELS, F. SICOT, A. WYVEKENS, (dir.) (2009), *Soigner ou punir? Les déterminants de l'expertise psychiatrique et de son devenir. Comparaison France, Belgique, Luxembourg*, recherche réalisée pour le compte de l'Institut national des hautes études de sécurité.

³ Loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁴ LAZERGES, 2008; PRADEL, 2008.

Qu'est-ce que la rétention de sûreté? Aux termes de l'article 706-53-13 du code de procédure pénale, introduit par la loi du 25 février 2008, «la rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure». Elle est applicable à des personnes ayant été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'au moins 15 ans⁵ pour certains crimes graves et «dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière *dangerosité* parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité». La mesure, valable pour une durée d'un an, est renouvelable, dans certaines conditions, d'année en année. Elle peut donc être perpétuelle. La rétention de sûreté consiste, en résumé, à enfermer des individus *après l'exécution de leur peine*, pour une durée susceptible d'être *illimitée*, au motif de leur *dangerosité*.

Dangerosité, mesure de sûreté consistant en un enfermement de durée illimitée, dans un établissement qui combine les fonctions de rétention et de soin : ces divers éléments réunis dans la loi du 25 février 2008 invitent à se demander si la France, face à la problématique des délinquants – notamment sexuels – récidivistes, adopterait une logique de «défense sociale». La tradition classique d'une pénalité fondée sur la responsabilité de l'individu (1) laisse de plus en plus de place à des mesures de sûreté destinées à «défendre» la société (2). Cette évolution, couronnée par la création de la rétention de sûreté, pourrait signer l'avènement d'un nouveau modèle (3). À moins qu'elle ne représente, en définitive, qu'un aveu d'impuissance (4).

1. Une législation pénale d'inspiration classique

Que ce soit dans la façon d'envisager l'individu délinquant ou la réponse pénale à apporter à son acte, la législation pénale française a longtemps été davantage marquée par la pensée classique que par les théories d'inspiration positiviste. La théorie classique considère l'être humain comme étant doté de libre arbitre et dès lors responsable moralement et pénalement des actes qu'il commet. En l'absence de trouble mental venant oblitérer cette conscience, l'acte délinquant se voit sanctionné par une peine. L'article 64 du Code pénal de 1810 disposait : «Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action.» Démence signifie ici absence totale de discernement. Dépourvu de discernement, le «dément» ne peut se voir attribuer la responsabilité subjective de l'acte dont on aura établi qu'il l'a matériellement commis. Il ne peut par conséquent faire l'objet d'une sanction pénale, il relève exclusivement du domaine du traitement médical, de la psychiatrie. À l'époque, la responsabilité est entière ou absente, elle ne

⁵ Ramené à 10 ans dans le projet de loi sur la récidive de 2009.

peut être graduée. La dichotomie est totale : les délinquants « responsables » sont incarcérés, les « irresponsables » sont internés⁶.

Les théories néo-classiques viennent ensuite atténuer la « pureté » de la doctrine du libre arbitre. Une circulaire du garde des Sceaux datée du 12 décembre 1905⁷, la circulaire Chaumié⁸, invite le juge à poser à l'expert la question de l'existence éventuelle d'« anomalies mentales ou psychiques de nature à atténuer, dans une certaine mesure [l]a responsabilité [de l'inculpé]. Il s'agit de « justifier [...] une certaine modération dans l'application des peines édictées par la loi ». La frontière s'estompe : le droit pénal admet l'existence d'anormaux mentaux non irresponsables. La responsabilité s'individualise, elle apparaît comme graduée.

Le nouveau Code pénal, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994, a reformulé et complété le texte du code de 1801. Son article 122-1 dispose :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.

« 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. »

Dans le régime actuel de la punissabilité du délinquant malade mental, l'absence de discernement (ou de volonté) entraîne l'absence de responsabilité, donc de punissabilité, de sanction ; lorsque le discernement n'est qu'altéré, la responsabilité demeure mais la sanction et son régime seront déterminés en tenant compte de cette altération. Le nouveau texte consacre ainsi la pratique qui consistait à octroyer le bénéfice de circonstances atténuantes aux personnes dont l'état psychique n'avait que partiellement aboli le discernement. Si la frontière entre folie et délinquance n'est donc plus étanche, la notion de responsabilité reste la référence.

Faut-il y voir l'effet de « la critique de la répression et des mesures de sûreté dans le bloc soviétique » ou plutôt de « la prévalence dans les cercles du pouvoir de juristes bien plus nourris de droit néo-classique que de criminologie »⁹ ? On observera au passage que l'avant-projet de Code pénal dit définitif de 1978, qui ne faisait aucune allusion à la responsabilité pénale et à la culpabilité et ne faisait pas état de peines, suscita des réactions critiques. Le texte final ne prend pas parti sur la nature des différentes sanctions qu'il prévoit. Plus exactement, il procède à un amalgame entre peines et mesures

⁶ Et la loi du 30 juin 1838 « sur les aliénés » ne prévoit aucune mesure spéciale concernant les conditions d'internement de l'aliéné délinquant (SENON, 2005).

⁷ Confirmant un arrêt de la Cour de cassation qui reconnaissait, en 1885, la notion de responsabilité atténuée.

⁸ Le texte de cette circulaire est reproduit en annexe de l'ouvrage dirigé par P. CHEVALLIER ET T. GREACEN (2009), p. 226.

⁹ DANET, 2009, p. 73.

de sûreté (appelées peines complémentaires), leur appliquant un régime unique, ressemblant plus à celui des peines¹⁰. « Désormais toutes les sanctions pénales seront sans distinction des peines, elles sont d'ailleurs ressenties comme telles par le condamné¹¹. »

S'agissant de la prise en charge médicale du délinquant malade mental et de son articulation avec la sanction (ou l'absence de sanction)¹², la situation s'est longtemps caractérisée par la dissociation de deux régimes : soit le malade mental, déclaré irresponsable, est pris en charge médicalement sous un régime de type administratif ; soit, condamné, il fait l'objet d'un traitement psychiatrique dans le cadre de la détention. Jusqu'en 2008, l'irresponsabilité pénale entraînait le dessaisissement de l'autorité judiciaire au bénéfice de l'autorité administrative. Quand « une personne [...] a bénéficié d'un non-lieu, d'une décision de relaxe ou d'un acquittement en application des dispositions de l'article 122-1 du Code pénal », si les autorités judiciaires estiment que son état mental « nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public », elles en avisent le préfet, « qui prend sans délai toute mesure utile ». Il peut s'agir d'une hospitalisation d'office¹³, dont la fin relève également d'une décision préfectorale, sur les décisions conformes de deux psychiatres concluant que la personne n'est plus dangereuse, ni pour elle-même ni pour autrui¹⁴.

À la différence de l'hypothèse précédente, les décisions relatives à un éventuel traitement psychiatrique pendant l'exécution d'une peine de détention relèvent de l'autorité judiciaire : administration pénitentiaire et juge de l'application des peines. Depuis 1994¹⁵, les soins sont assurés par le service public hospitalier, à charge pour l'administration pénitentiaire d'assurer la sécurisation des équipements. Les structures d'accueil et de traitement des délinquants incarcérés souffrant de troubles psychiatriques forment un « dispositif institutionnel diversifié et en constante évolution » (GDS-INHES, 2009, p. 181). La prise en charge est assurée principalement dans les services médico-psychologiques régionaux (SMPR) implantés dans un établissement pénitentiaire par région¹⁶. Dans les autres établissements, les soins psychiatriques sont dispensés par le secteur de psychiatrie géné-

¹⁰ MATSOPOULOU, 2007.

¹¹ Exposé des motifs, repris par la lettre adressée par des universitaires et des magistrats et avocats au Conseil constitutionnel à propos de la loi de rétention de sûreté, cité par Lazerges (2008).

¹² On ne considère ici que les crimes et délits punissables de peines d'incarcération.

¹³ Art. L. 3213-1 du Code de la santé publique.

¹⁴ La loi du 25 février 2008 a introduit « l'hospitalisation d'office sur décision judiciaire » : la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement qui prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental peut aujourd'hui ordonner l'hospitalisation d'office, selon le même régime que l'HO prévue par le Code de la santé publique. Le régime de l'HO judiciaire se distingue toutefois d'un régime dit de défense sociale : la sortie d'HO reste de la compétence exclusive de l'autorité administrative.

¹⁵ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale.

¹⁶ Arrêté du 10 mai 1995. Il y a 26 SMPR, comportant 360 lits.

rale de l'hôpital avec lequel la prison a passé une convention. Les détenus dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes sont quant à eux transférés dans une unité pour malades difficiles (UMD), sous le régime de l'hospitalisation d'office¹⁷. Enfin, la loi du 9 septembre 2002¹⁸ a prévu la création d'unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) pour l'hospitalisation complète, avec ou sans consentement, des personnes détenues atteintes de pathologies psychiatriques. Il sera mis fin à l'hospitalisation complète en SMPR, ceux-ci se concentrant alors sur les soins ambulatoires¹⁹. Les UHSA seront rattachées aux secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire et leur sécurisation sera assurée par l'administration pénitentiaire²⁰.

2. La montée en puissance des mesures de sûreté

À l'inverse de la pensée classique, les théories positivistes ont de l'homme une conception déterministe: agi par des forces qu'il ne maîtrise pas, le délinquant, qu'il soit ou non anormal, doit dès lors être considéré et traité en fonction de la *dangerosité* qu'il représente. Sa « responsabilité » est sociale et non morale et les politiques criminelles de *défense sociale* optent pour des mesures, dites de sûreté, dont l'objectif premier est de protéger la société contre le dit danger.

Dans plusieurs pays d'Europe, les théories positivistes ont trouvé, au début du xx^e siècle, des applications législatives initiant des régimes de mesures de sûreté en direction d'une population mélangée, comportant aussi bien des malades mentaux que des récidivistes. C'est notamment le cas en Belgique, où la loi « de défense sociale » adoptée en 1930 concerne à la fois les « anormaux » et les « délinquants d'habitude », auxquels elle ajoute les récidivistes, au nom de leur commune dangerosité²¹. La loi française n'opère, à l'époque, aucun rapprochement de ce type. Les délinquants multi-récidivistes font, dans certaines conditions, l'objet de la mesure de relégation, créée en 1885²². Il s'agit d'une peine obligatoire (elle repose sur une présomption irréfragable d'incorrigibilité), coloniale (l'intéressé est envoyé en Guyane) et perpétuelle. Son objectif est clairement de *neutraliser*, en les éloignant définitivement de France, les délinquants ainsi repérés comme

¹⁷ Art. D398 CPP et art. L3213-1 et R3221-6 CSP. Il existe actuellement cinq UMD, pour un total de 386 lits.

¹⁸ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

¹⁹ La première UHSA (60 places) doit être mise en service en mars 2010 à Bron (Rhône), et plus spécifiquement consacrée à la prise en charge des délinquants pédophiles. L'ensemble du programme comportera 17 UHSA, soit un total de 705 places, à mettre en service d'ici à 2011.

²⁰ Pour une description détaillée de l'organisation des soins en psychiatrie et en milieu carcéral, cf. SENON, MANZANERA (2007).

²¹ VAN DE KERCHOVE, 2010.

²² Loi du 27 mai 1885 relative aux récidivistes.

inamendables. La relégation sera remplacée en 1970²³ par la tutelle pénale, mesure de sûreté postcarcérale, facultative, métropolitaine et temporaire, qui sera elle-même supprimée par la loi « Sécurité et liberté » du 2 février 1981.

Il faut attendre l'après-seconde-guerre-mondiale pour voir apparaître en France une réflexion se revendiquant de la défense sociale : c'est la « défense sociale nouvelle » du magistrat Marc Ancel (1954). Dans le sillage de Felipe Gramatica, elle prend ses distances par rapport à la défense sociale positiviste. Là où celle-ci visait avant tout la protection de la société, par le seul moyen de l'élimination de l'individu dangereux (peine de mort, relégation, enfermement), celle-là s'attache en outre à la prévention du crime et au traitement des délinquants, allant dans une certaine mesure jusqu'à vouloir remplacer le droit pénal répressif. Selon une récente relecture de l'ouvrage d'Ancel²⁴, « la défense sociale nouvelle a moins rompu qu'on ne l'a dit avec la défense sociale qui avait pris le relais de l'école italienne d'anthropologie criminelle ». Ancel oscille, assurément, entre le souci de s'éloigner de tout ce qui, dans la défense sociale, renvoie aux expériences totalitaires dont l'Europe sort à peine et celui de « la sanction efficace qui permette aussi bien de redresser, et plus tard de réhabiliter si possible le délinquant, que de protéger la société²⁵ ». Pour Ancel, en effet, « la défense sociale [...] conteste que le problème social et humain du crime concret puisse être entièrement résolu par le seul jeu, dans l'abstrait, de cette justice distributive²⁶ ». Les principales applications législatives de la défense sociale nouvelle ne concerneront pas, toutefois, les « anormaux et délinquants d'habitude », mais bien les mineurs : l'ordonnance du 2 février 1945 affirme et organise le primat des mesures éducatives, destinées à prévenir le comportement délinquant, sur les mesures répressives. La défense sociale nouvelle influencera également la réforme des prisons.

Relativement absente de l'activité législative, la notion de dangerosité va en revanche investir peu à peu la pratique judiciaire²⁷. Le cadre plus souple de l'article 122-1 du Code pénal laisse une large part d'appréciation au juge, qui prend sa décision sur la base d'une expertise psychiatrique influant de plus en plus dans le débat sur la peine, y introduisant l'appréciation de la dangerosité de l'accusé. Toutefois, si les mesures de sûreté, incontestablement, se multiplient²⁸, elles ne font l'objet ni d'une *politique législative* réfléchie ni d'une référence systématique à une quelconque *dangerosité*.

²³ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

²⁴ DANET, 2008.

²⁵ ANCEL, 1966, p. 204, cité par DANET, 2008, p. 15.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ DANET, 2009, p. 73.

²⁸ «...l'interdiction de séjour, l'expulsion et l'assignation à résidence des étrangers, la confiscation des objets illicites et dangereux, la fermeture d'établissement et de multiples déchéances ou incapacités professionnelles destinées à éviter la commission de nouvelles infractions », puis « les mesures de désintoxication imposées aux usagers de stupéfiants, les mesures prises à l'encontre des alcooliques dangereux pour autrui, la suspension ou le

Une inflexion s'observe, à cet égard, à partir de la fin des années quatre-vingt-dix. On assiste alors, à la suite de la multiplication des affaires de délinquance sexuelle, en particulier pédophile, à un mouvement consistant non seulement à allonger la durée des peines, mais à multiplier les mesures postpénales de soin et de contrôle. Progressivement organisé autour de la notion de dangerosité, qui rapproche les figures du malade mental et du récidiviste pour leur appliquer des mesures de sûreté, ce mouvement évoque immanquablement la « défense sociale ». Le contenu des mesures, aussi bien que le discours les accompagnant, en témoignent. Les dispositions applicables aux délinquants atteints de troubles psychiques *après* la fin de leur peine se caractérisent par un mélange de soins et de surveillance. Leur justification : la recherche d'un « équilibre entre différents impératifs : de sécurité pour nos concitoyens d'abord, de fermeté dans le traitement de la dangerosité et des états dangereux, mais aussi d'humanité, afin que les mesures d'accompagnement préconisées puissent permettre de sortir de la spirale criminogène²⁹ ».

Le *suivi sociojudiciaire*, créé par la loi du 17 juin 1998³⁰, a pour but initial d'assurer un contrôle postcarcéral sur certains auteurs de crimes et délits sexuels³¹. Qualifié de peine complémentaire³², il est prononcé par la juridiction de jugement, soit en plus d'une peine d'emprisonnement (de façon obligatoire en cas de crime), soit à titre de peine principale (uniquement en matière correctionnelle). Son contenu est hybride : il contraint le condamné à se soumettre à « des mesures de *surveillance* et *d'assistance* destinées à prévenir la récidive ». S'il ne respecte pas les obligations, le condamné est passible d'emprisonnement. Le suivi sociojudiciaire comporte d'une part des obligations et interdictions identiques à celles du sursis avec mise à l'épreuve et d'autre part des interdictions destinées particulièrement à empêcher le condamné de se trouver en contact avec des mineurs. Le suivi sociojudiciaire peut également comporter, après expertise médicale, une injonction de soins. La loi du 12 décembre 2005 a ajouté le placement sous surveillance électronique mobile. Elle a également expressément prévu que le médecin traitant pourrait prescrire au condamné, avec l'accord de celui-ci, « des médicaments [...] qui entraînent une diminution de la libido³³ ». Depuis la loi du 10 août 2007, l'injonction de soins, jusque-là facultative, est

retrait du permis de conduire »... à quoi se sont ajoutés, plus récemment, des substituts ou alternatives à la privation de liberté considérées comme des peines mais relevant plus de la mesure de sûreté (MATSOPOULOU, 2007).

²⁹ GARRAUD, 2006, p. LXXVII.

³⁰ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. Art. 131-36-1 à 131-36-8 CP; art. 763-1 à 763-9 CPP; art. L355-35 à L355-37 CSP.

³¹ Son champ d'application a ensuite été progressivement étendu à d'autres infractions (toutes les atteintes criminelles à la vie, tous les enlèvements et séquestrations, les actes de torture et de barbarie, et la destruction volontaire de biens par explosif ou incendie) et sa durée maximale allongée (loi n° 2004-204 du 9 mars 2004).

³² Crim. 18 février 2004, *B.*, n° 47.

³³ Art. L3711-3 CSP.

devenue obligatoire sauf décision contraire de la juridiction de jugement. Si la personne a été condamnée à un suivi sociojudiciaire avec injonction de soins en complément d'une peine d'emprisonnement, ce suivi est mis en œuvre à l'issue de l'incarcération. Le condamné est toutefois informé qu'il peut commencer son traitement pendant sa période de détention. Il est invité par le juge de l'application des peines à entreprendre des soins. En cas de refus, il risque, sauf décision contraire du JAP, de se voir refuser le bénéfice de réductions de peines supplémentaires³⁴.

Le *fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes* (FIJAIS) a été créé par la loi du 9 mars 2004, dans son chapitre V, « Dispositions concernant la prévention et la répression des infractions sexuelles »³⁵. Les personnes enregistrées dans ce fichier sont tenues de justifier annuellement de leur adresse et de signaler leur éventuel changement d'adresse au plus tard dans les 15 jours.

La *surveillance judiciaire de personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit* est une mesure liée à la réduction de peine. Créée par la loi du 12 décembre 2005³⁶, qualifiée explicitement de mesure de sûreté, elle a pour objectif d'« éviter une sortie “ sèche ” de prison et de contrôler dès leur libération les personnes considérées comme dangereuses et susceptibles de récidiver³⁷ ». Elle peut être ordonnée par le juge de l'application des peines sur réquisitions du procureur pour une durée maximale égale à celle des réductions de peine dont a bénéficié le condamné. Elle s'applique en l'absence de libération conditionnelle ou de suivi sociojudiciaire et est destinée surtout aux délinquants sexuels. Son contenu consiste en des obligations analogues à celles du suivi sociojudiciaire. Sauf décision contraire du juge de l'application des peines, le condamné placé sous surveillance judiciaire est soumis à une injonction de soins³⁸. Une expertise médicale est obligatoire, « dont la conclusion fait apparaître la dangerosité du condamné et détermine si le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement »³⁹.

Ce mouvement législatif est soutenu et accompagné par plusieurs rapports dont les intitulés traduisent de façon tout aussi éloquente la montée en puissance d'un lexique de défense sociale. Le rapport dit Burgelin, qui a inspiré la loi du 12 décembre 2005, s'intitule « Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive » (Commission Santé-Justice, juillet 2005). Il sera suivi de deux autres rapports : « Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?⁴⁰ » et « Réponses à la

³⁴ Art. 721-1 CPP.

³⁵ Art. 706-53-1 à 706-53-12 CPP.

³⁶ Art. 723-29 à 723-39 CPP.

³⁷ RENOUT, 2008, p. 362.

³⁸ Art. 723-30 CPP.

³⁹ Art. 723-31 CPP.

⁴⁰ GOUJON, GAUTIER, mission d'information de la commission des lois du Sénat sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, juin 2006.

dangérosité⁴¹ ». Au travers de leurs différentes propositions, « la dangérosité s'est imposée dans les discours comme le fondement possible à tout un dispositif de mesures de protection dépassant la seule question des personnes atteintes de troubles psychiques et neuropsychiques⁴² ». Les uns et les autres font référence à des exemples étrangers, dont la caractéristique commune est l'existence d'établissements fermés « mixtes », c'est-à-dire destinés à accueillir des auteurs d'infractions, malades mentaux ou non, en raison du danger qu'ils représentent pour la société et non en vertu d'une logique de peine. L'idée, avancée dans le rapport Burgelin, est reprise dans le rapport Garraud qui propose de créer une « mesure de sûreté exécutée en milieu fermé, au sein d'un Centre fermé de protection sociale » applicable aux auteurs de crimes contre les personnes qui, ayant purgé leur peine, présenteraient toujours « une dangérosité criminologique persistante et particulièrement forte⁴³ ».

La loi du 25 février 2008 vient réaliser cette proposition et « couronne » ainsi, avec la création de la *rétenion de sûreté*, le mouvement qu'on vient de décrire⁴⁴. Elle concerne les délinquants qui, atteints ou non de troubles mentaux, sont perçus et évalués comme particulièrement *dangereux*. Le pas qui est franchi est de taille : alors que les mesures postcarcérales étaient jusque-là mises en œuvre en milieu ouvert, celle-ci se caractérise par une privation de liberté, susceptible, on l'a dit, d'être perpétuelle.

D'où le strict encadrement dont elle fait l'objet. Outre la gravité du crime commis et de la peine prononcée, la rétenion de sûreté ne peut être prononcée que si la cour d'assises a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétenion de sûreté. La situation de la personne doit être examinée, au moins un an avant la date prévue pour sa libération, par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté afin d'évaluer sa dangérosité. La commission pourra alors, si elle l'estime nécessaire, proposer par un avis motivé que le condamné soit soumis à la mesure de rétenion de sûreté si « les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, ainsi que les obligations résultant d'une injonction des soins ou d'un placement sous surveillance électronique mobile, susceptibles d'être prononcées dans le cadre d'un suivi sociojudiciaire ou d'une surveillance judiciaire, apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 du code de procédure pénale » et « si cette rétenion constitue l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions ». La décision de rétenion de sûreté est prise par la juridiction

⁴¹ GARRAUD, mission parlementaire sur la dangérosité et la prise en charge des individus dangereux, octobre 2006.

⁴² GIUDICELLI, 2009.

⁴³ GARRAUD, p. LXXV.

⁴⁴ MATSOPOULOU, 2007 ; MAYAUD, 2008 ; BONFILS, 2008 ; DANET, 2008.

régionale de la rétention de sûreté, par décision spécialement motivée après débat contradictoire, et un appel est possible devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté⁴⁵.

Malgré cet encadrement strict, le projet puis la loi ont suscité des critiques d'une extrême vigueur (*cf. infra*) et entraîné une censure partielle par le conseil constitutionnel⁴⁶. Les recours portaient sur la rétention elle-même au motif que, représentant incontestablement une peine, elle ne respecte ni le principe de légalité, ni l'exigence de nécessité, ni la présomption d'innocence. Si le conseil constitutionnel n'a pas censuré le *principe* de la rétention de sûreté – considérant comme suffisantes les garanties dont le dispositif est entouré –, il en a refusé l'application rétroactive, non en raison de sa nature juridique, sur laquelle il ne se prononce que de façon négative⁴⁷, mais au motif de sa gravité, en tant que mesure privative de liberté et d'une durée potentiellement illimitée⁴⁸. Il a en outre ajouté en quelque sorte une condition à sa mise en œuvre⁴⁹ en précisant qu'«il appartiendra... à la juridiction régionale de la rétention de sûreté de vérifier que la personne condamnée a été effectivement mise en mesure de bénéficiaire, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre⁵⁰».

La *surveillance de sûreté*⁵¹, instituée par la même loi, permet de soumettre un condamné, après que la rétention de sûreté s'est arrêtée, à des obligations analogues à celles de la surveillance judiciaire de personnes dangereuses, en particulier l'injonction de soins et le placement sous surveillance électronique mobile. En cas de violation des obligations, si l'intéressé présente une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité élevée de commettre à nouveau les infractions justifiant la rétention de sécurité, il peut être ordonné en urgence son placement provisoire dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Le placement sous surveillance de sûreté peut également être décidé par la commission régionale, dans les mêmes conditions et pour une durée d'un an, en prolongement d'une mesure de surveillance judiciaire dont a bénéficié l'auteur des mêmes crimes⁵². La sanction du non-respect des obligations étant, là aussi, la rétention de

⁴⁵ Art. 706-53-15 CPP.

⁴⁶ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008.

⁴⁷ «La rétention de sûreté n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition.»

⁴⁸ On notera que la commission des lois (Lecerf, 2008), qui avait anticipé ce problème, «estim[ant] qu'il n'était pas possible en l'espèce de s'affranchir du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère», suggérait «d'introduire deux nouvelles obligations réservées aux individus les plus dangereux : l'**assignation à domicile** sous le régime de la surveillance électronique et la **mesure de déplacement surveillé**» et avait «en outre interdit qu'une personne condamnée à la réclusion criminelle à **perpétuité** puisse bénéficier d'une libération conditionnelle sans l'avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (article 12)».

⁴⁹ LAZERGES, 2008.

⁵⁰ Décision du 21 février 2008, précitée, § 21.

⁵¹ Art. 706-53-19 CPP.

⁵² Art. 723-37 CPP.

sûreté, cette disposition permet de contourner le refus par le conseil constitutionnel de valider l'application immédiate de la loi. « Le palliatif est ingénieux »... commente J. Pradel (2008).

3. Un changement de modèle ?

Réunir dans des établissements fermés qui ne sont ni des prisons ni des hôpitaux psychiatriques – ou plutôt les deux à la fois, c'est-à-dire à la fois des lieux de soin et des lieux de sécurité – des individus dont le point commun être d'être « dangereux », et cela aussi longtemps qu'ils seraient considérés comme tels, est-ce à dire que, pour répondre à la « vraie » question que pose le danger que représentent certains délinquants, on s'efforcerait aujourd'hui, en France, comme à l'époque de Prins et de l'Union internationale de droit pénal, de « créer une justice pénale moderne, efficace, et qui s'appuie sur une connaissance empirique des phénomènes de criminalité⁵³ » ?

Un certain nombre d'éléments accréditent l'idée d'un changement de modèle. On les lit d'abord dans les critiques des juristes : ils s'émeuvent de voir la notion de dangerosité porter à son comble le brouillage – déjà bien entamé – des frontières entre peine et mesure de sûreté. La possibilité d'un enfermement *après* la peine, dont la durée en outre est susceptible d'être illimitée, suscite chez les uns la surprise – « voilà qui étonnera grandement le pénaliste classique⁵⁴ » –, chez d'autres le malaise – « il y a quelque chose de gênant de maintenir enfermé un condamné qui aura, par ailleurs, purgé sa peine⁵⁵ » –, le plus souvent l'inquiétude voire l'indignation⁵⁶.

Avec l'enfermement après la peine, les grands principes du droit pénal sont ébranlés : principe de légalité des peines, non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, principe de proportionnalité. Les libertés sont en péril. Les juristes progressistes s'accordent pour rejeter fermement la possibilité d'une application rétroactive du texte et s'interrogent sur les possibilités d'arbitraire contenues dans l'adoption d'un critère aussi délicat à manier pour les juges – supposés garants de la proportionnalité – que la dangerosité⁵⁷. Les mêmes interrogations prennent appui sur les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁸. Plusieurs hauts magistrats ne sont pas en reste : « Ce projet de loi [...] est porteur de lourdes menaces pour nos libertés. Il n'a pas sa place dans notre tradition juridique⁵⁹. »

⁵³ DIGNEFFE, 2009, p. 145.

⁵⁴ PRADEL, 2008.

⁵⁵ BONFILS, 2008.

⁵⁶ MAYAUD, 2008 ; LAZERGES, 2008 ; HERZOG-EVANS, 2008.

⁵⁷ MAYAUD, 2008.

⁵⁸ ROETS, 2008.

⁵⁹ J.-P. DINTILHAC et R. KESSOUS, magistrats honoraires à la Cour de cassation, « Sans infraction, pas de peine après la peine », *Le Monde*, 6 février 2008.

Les différents rapports qui ont précédé la loi ne disent pas autre chose, dans une tonalité plus neutre. « Une mesure entièrement nouvelle dans notre droit *puisqu'elle autorise un enfermement après la peine, renouvelable d'année en année sans limitation de durée* », dit le rapport Lecerf (2008), dont les conclusions expriment le regret que la procédure d'urgence ait empêché le dispositif de faire l'objet d'un plus large débat entre les assemblées, « comme il aurait sans doute été souhaitable » (p. 11). En 2006, le rapport Goujon-Gautier, évoquant les conclusions du rapport Burgelin qui proposait de créer des centres fermés de protection sociale commentait : « Cette proposition met en cause certains principes fondamentaux de notre droit. »

La décision du Conseil constitutionnel traduit le même malaise. Déniant à la rétention de sûreté la qualité de peine, le conseil en refuse néanmoins l'application rétroactive. Les commentaires sont à l'avenant, relevant qu'il « une décision savoureuse d'embarras⁶⁰ », qui « un chef-d'œuvre de subtilité et d'équilibrisme⁶¹ », qui... le « réel embarras » du Conseil *et* « la subtilité de sa décision »⁶².

Très explicitement, la loi est qualifiée d'illustration du « retour de la pensée pénale positiviste⁶³ ». Relisant *La défense sociale nouvelle* de Marc Ancel, Jean Danet (2008) conclut : « On pourrait donc tout à fait soutenir à partir de ces citations que la loi du 25 février 2008 est une loi de défense sociale que Marc Ancel aurait pu approuver comme l'approuvent aujourd'hui d'éminents juristes. » La réponse pénale n'est plus tournée vers le passé – rétributive – ou vers un futur plein d'espoir pour l'individu – réinsertion, amendement – mais vers un avenir pétri de crainte pour la société – peur de la récidive, suppression du risque... au risque que, « sous couvert de prévention, s'exerce en réalité une répression inavouée ». Pire, « n'est-ce pas aller au-delà de la peine, atteindre ce que la répression elle-même renonce à cautionner, à savoir un retour déguisé à une perpétuité réelle⁶⁴ ? ».

Viennent ensuite les critiques des psychiatres : ils dénoncent, quant à eux, la confusion opérée, sous le signe de la dangerosité, entre les figures du malade mental et du délinquant (récidiviste). La succession des textes légaux et des rapports produits depuis la fin des années quatre-vingt-dix montre l'origine du rapprochement : c'est le délinquant sexuel qui fait le lien. Il est à la fois « fou », ou du moins atteint d'un trouble mental, et récidiviste. La rétention de sûreté a pour objectif, dans les termes moins scien-

⁶⁰ HERZOG-EVANS.

⁶¹ PRADEL, 2008.

⁶² LAZERGES, 2008. Pour un examen de la décision dans le cadre d'une analyse approfondie du « sens de la peine » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, voir VAN DE KERCHOVE (2008).

⁶³ Bonfils, 2008.

⁶⁴ MAYAUD, 2008.

tifiques utilisés par le président de la République, de ne pas laisser « des monstres en liberté après qu'ils ont effectué leur peine »⁶⁵...

Les psychiatres dénoncent l'illusion qui consiste à penser que la psychiatrie peut soigner la « maladie » que serait la délinquance persistante. La psychiatrie n'est certes pas totalement innocente. Elle a accepté « de définir, d'identifier, voire de traiter, à côté des pathologies qu'elle reconnaît comme pleinement psychiatriques, tout un ensemble de catégories de troubles “de la personnalité”, de l'ordre de la perversion, de la psychopathie, ou de troubles “limites” ». Elle reçoit en quelque sorte la monnaie de sa pièce : « des demandes d'évaluation et de prise en charge, ainsi [que] la reprise de ses catégories dans les opérations de justification de mise en place de dispositifs mixtes médico-judiciaires⁶⁶ ».

En 2005 déjà, Jean-Louis Senon mettait en garde contre deux tentations : « assimiler les crimes les plus horribles à des crimes de malades mentaux, mais aussi penser que la psychiatrie puisse soigner et protéger de toute récidive les sujets atteints de troubles de la personnalité en rapport direct avec une précarisation qui se développe ». Lors de leur audition par les différentes commissions ou dans les commentaires qu'ils font de la loi, les psychiatres s'emploient à différencier. D'une part, les vrais fous sont rarement criminels⁶⁷ et tout aussi rarement récidivistes⁶⁸. D'autre part, les personnes souffrant de troubles de la personnalité ne relèvent pas de la psychiatrie⁶⁹. Les différents rapports se font l'écho de ces mises au point⁷⁰.

« Dans cette logique positiviste de “sortie hors du droit” au nom de la défense de la société, conclut Daniel Zagury (2009), la psychiatrie médico-légale et l'expertise deviennent le champ de toutes les tensions et de toutes les instrumentalisations⁷¹. »

⁶⁵ N. SARKOZY, déclaration faite à Paris, en marge de l'inauguration du 45^e Salon de l'agriculture, le 23 février 2008.

⁶⁶ PROTAIS, MOREAU, 2009.

⁶⁷ « Les crimes commis par les malades mentaux sont l'exception » (SENON, MANZANERA, 2008). « La dangerosité psychiatrique permanente est l'exception des exceptions » (ZAGURY, 2009).

⁶⁸ « La récidive criminelle des malades mentaux psychotiques dont l'acte est exclusivement en rapport avec le processus délirant est de la plus extrême rareté » (ZAGURY, 2009).

⁶⁹ « La psychopathie n'est pas une maladie mais un trouble de la personnalité qui se situe aux confins du social, du judiciaire et du sanitaire. » (SENON, MANZANERA, 2008). « Face aux troubles de la personnalité, il n'y a pas de “traitement” faisant consensus » (*ibid.*).

⁷⁰ par ex. GOUJON, GAUTIER, p. 18 ; LECERF, p. 11.

⁷¹ On retrouve l'idée de transfert de pouvoir, du juge au psychiatre, soulignée autrefois par Michel van de Kerchove (1983) à propos de la loi belge de défense sociale... à la différence près qu'ici, ce sont les psychiatres qui s'alarment, se sentent instrumentalisés, investis de la « mission impossible » qui consisterait à rassurer une opinion inquiète. « Faire croire qu'il est possible de substituer une “prise en charge” thérapeutique fondée sur des critères purement scientifiques à des mesures judiciaires fondées sur des jugements de valeur. C'est là, sans aucun doute, que résident la mystification et ses véritables périls. »

4. Une défense sociale en trompe-l'œil

Derrière ces analyses critiques, peut-on identifier un modèle français « positif » de défense sociale ? D'autres éléments apparaissent à verser au dossier de la « défense sociale à la française ».

Le premier est l'usage de la notion de dangerosité. La dangerosité – probabilité qu'un individu commette un acte délinquant – a fait l'objet, dans les années soixante, d'une véritable théorisation, fondée sur une clinique criminologique, en particulier autour de la notion de personnalité criminelle⁷². Qualifiée de « maladie infantile de la criminologie⁷³ », elle fit l'objet de critiques tout aussi argumentées⁷⁴. Rien de tel aujourd'hui, aucune construction de ce type dans le discours fondant la loi sur la rétention et les dispositifs qui la précèdent. L'« approfondissement doctrinal⁷⁵ » dont elle fait l'objet tient en une distinction – entre « dangerosité criminologique et dangerosité psychiatrique »⁷⁶ – qui semble surtout vouloir effacer, à nouveau par des mots, la confusion tout juste opérée du délinquant et du malade mental... ou atténuer le côté nauséabond⁷⁷ de la rhétorique présidentielle. La dangerosité : des monstres... Notion purement rhétorique aujourd'hui, la dangerosité fait l'objet des mêmes critiques qu'il y a 20 ans⁷⁸. Avec son pseudo-dédoublement entre dangerosité psychiatrique et criminologique, elle n'est que l'habillage de ce que l'on redoute plus que tout, de ce que l'on cherche à maîtriser à tout prix : le risque.

Vient ensuite, en lien étroit avec ce vocable de monstres, le contexte de la réforme. « Réforme en réponse à un fait divers », lit-on dans un traité de droit pénal⁷⁹. La loi du 25 février 2008 fait suite à quelques faits divers tragiques particulièrement médiatisés⁸⁰. Deux événements sont explicitement présentés par le rapport de la commission des lois comme motivant la loi, dans ses deux volets. Le non-lieu requis contre l'auteur, malade mental, du meurtre en 2004 de deux infirmières dans un hôpital psychiatrique de Pau (affaire Dupuy) « explique » la mise en place de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Quant à la rétention de sûreté proprement dite, elle suit immédiatement « l'enlèvement et le viol

⁷² PINATEL, 1963.

⁷³ DEBUYST, 1984

⁷⁴ DEBUYST, 1981. Pour une « généalogie du concept de dangerosité », voir DIGNEFFE (2009).

⁷⁵ PRADEL, 2008.

⁷⁶ BURGELIN, 2005. « La notion complexe de dangerosité comporte deux acceptions, criminologique et psychiatrique, qui ne sont pas nécessairement liées. La première peut être définie comme étant la probabilité de commettre une infraction pénale, et la seconde, comme étant le risque de passage à l'acte lié à un trouble mental » (HAS, 2006, p. 46).

⁷⁷ EOLAS, 25 février 2008.

⁷⁸ DIGNEFFE, 2009.

⁷⁹ DESPORTES, LE GUNEHEC, 2008, p. 1087.

⁸⁰ Le lien entre faits divers et réformes législatives trouve une autre illustration dans les retombées, en Belgique, de l'affaire Dutroux. MICHEL VAN DE KERCHOVE (1999) analyse cette affaire en termes de « paradigme de l'accélération du temps juridique ».

à Roubaix d'un enfant par un pédophile récidiviste qui venait de sortir de détention (affaire Évrard)⁸¹ ».

On retrouve ici un phénomène observé à de nombreuses reprises en France depuis quelques années, en particulier en matière de sécurité : la « communication législative », le mécanisme « un problème, une loi ». Un événement médiatisé donne lieu à une loi, dont l'annonce et la médiatisation tiennent lieu de « réponse » au problème, « passage à l'acte politique répondant à un passage à l'acte pathologique »⁸². Plusieurs faits divers ont ainsi débouché sur le vote d'une loi incriminant tel ou tel acte ayant fait les titres des journaux : le happy-slapping, l'outrage à l'hymne national ou plus récemment le port de la cagoule ou l'appartenance à une bande sont des incriminations de pure circonstance. La loi sur la prévention de la délinquance votée en 2007 offre un autre exemple de communication législative : sa préparation, les multiples débats qui l'ont entourée, plusieurs années durant, ont servi de « réponse » au problème particulièrement médiatisé à l'époque de la délinquance des mineurs. Le constat, aujourd'hui⁸³, de son peu d'application, fait sensiblement moins de bruit.

L'exemple de la loi de rétention de sûreté va plus loin. La suite de l'histoire, pudiquement qualifiée de « suggestion présidentielle originale⁸⁴ », est édifiante. L'intérêt politique de la mesure était évidemment sa possibilité d'application immédiate. Or, le Conseil constitutionnel la déclare contraire à la Constitution. Qu'à cela ne tienne ! Le président confie au premier président de la cour de cassation une mission dont le but avoué est de contourner la décision. Le haut magistrat, qui annonce aussitôt qu'il ne la remettra pas en cause⁸⁵, rendra un rapport intitulé « Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux⁸⁶ » dont les premières préconisations concernent le développement de la criminologie : enseigner la criminologie et, surtout, former des criminologues cliniciens capables d'évaluer la dangerosité criminologique. Il propose par ailleurs diverses mesures de nature à renforcer la surveillance dont pourront faire l'objet les personnes considérées comme dangereuses à l'issue de leur peine, notamment dans le cadre de la libération conditionnelle. Le rapport est suivi de l'annonce d'une nouvelle loi sur la récidive criminelle⁸⁷. Le projet sera présenté en conseil des ministres en novembre 2008... puis oublié, jusqu'à ce qu'un an plus tard,

⁸¹ FENECH, 2007, p. 9.

⁸² GUIGNARD, GUILLEMAIN, 2008.

⁸³ *Le Monde*, 2 septembre 2009.

⁸⁴ BONFILS, 2008.

⁸⁵ À ce sujet lire EOLAS, 25 février 2008, « De la rétention de sûreté à l'absence de retenue de l'exécutif ».

<http://www.maitre-eolas.fr/post/2008/02/25/880-de-la-retention-de-surete-et-de-l-absence-de-retenu-de-l-executif>

⁸⁶ LAMANDA, 2008.

⁸⁷ *Le Monde*, 6 juin 2008. L'objectif, à l'époque, reste incertain : mettre en œuvre les 23 propositions du rapport Lamanda ? Ou régler le problème des « prisonniers "en stock" qui vont sortir dans les semaines et les années à venir » et à qui la rétention de sûreté ne pourra pas s'appliquer, comme le suggère *Le Figaro* (4 juin 2008) ?

un nouveau fait divers dramatique relance le « débat » : le projet est « sorti des cartons »⁸⁸ en octobre 2009 à la suite du meurtre d'une femme par un délinquant sexuel récidiviste, en même temps que des membres de l'exécutif évoquent, pêle-mêle et à la hâte, qui la prolongation de la garde à vue dans les affaires de crime sexuel, qui la « castration chimique » voire la castration physique, qui la perpétuité réelle. Soumis à la procédure accélérée, le « projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », sensiblement modifié, est présenté à l'Assemblée les 17 et 18 novembre 2009 et voté le 24 novembre. Sans en faire ici l'analyse détaillée, on retiendra qu'une fois encore, c'est l'événement qui fait la loi. La comparaison entre les deux projets⁸⁹ ne manque pas d'intérêt. Le premier « complète la loi du 25 février 2008, afin de renforcer la cohérence et l'efficacité de ses dispositions, en tirant les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel [...] et du rapport [...] de M. Vincent Lamanda⁹⁰ ». Les (nombreux) articles nouveaux introduits dans le second projet sont tous inspirés, soit de façon générale, soit de façon spécifique, par les circonstances du drame, par son contexte (au même moment a lieu le procès de l'affaire Evrard) et par l'émotion médiatisée qui les entoure : élargissement du champ d'application de la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté, création d'un « répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires », « castration chimique »⁹¹, interdictions de paraître ou de rencontrer les victimes, renforcement des dispositions relatives au FIJAIS, application immédiate des dispositions relatives aux mesures de surveillance ou de suivi...

À l'arrivée, les « multirécidives législatives⁹² » produisent un arsenal de lois qui se superposent voire se contredisent, des textes médiocres⁹³, un dispositif à la fois rigide et lacunaire⁹⁴, et l'on s'interroge sur la qualité d'une loi (et d'autres) ainsi votée dans la précipitation. Le rapport Lamanda (2008, p. 46) concluait que toute simplification serait évidemment souhaitable... mais irréaliste.

Michel van de Kerchove (1985) interrogeait : « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? » On est bien au-delà, ici, de la dissociation la

⁸⁸ *Le Monde*, 18 novembre 2009.

⁸⁹ Projet de loi n° 1237, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 5 novembre 2008 et projet de loi n° 2007, enregistré le 4 novembre 2009.

⁹⁰ Extrait du compte rendu du Conseil des ministres du 5 novembre 2008. Le projet consacre ainsi la réserve d'interprétation du conseil en complétant l'article 706-53-15 du code de procédure pénale : « La juridiction régionale ne peut prononcer une rétention de sûreté qu'après avoir vérifié que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale ou psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre. »

⁹¹ En termes plus juridiques : possibilité (via notamment la levée du secret médical) de réincarcérer les délinquants sexuels qui, ayant accepté de se soumettre, à leur sortie de prison, à un traitement inhibiteur de la libido, ne suivent pas ce traitement.

⁹² HERZOG-EVANS, 2008.

⁹³ DELAGE, 2007.

⁹⁴ LAMANDA, 2008, p. 50-51.

validité formelle et l'effectivité. À la rhétorique scientifique – la dangerosité habillant le risque –, vient s'adjoindre une rhétorique législative: l'annonce d'une loi vaut traitement du problème. « On est entré dans un système où la loi devient un mode de communication politique », disait Robert Badinter alors que l'exécutif préparait la loi sur la rétention de sûreté⁹⁵. « Mieux vaudrait s'assurer de sa mise en œuvre. » Car, enfin et surtout, comme le dit Martine Herzog-Evans (2008), « le droit ne produit pas du fait ». Relisant la définition légale de la rétention de sûreté – « placement [d'une] personne en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure » –, elle ajoute: « L'absurdité [du texte] traduit ici un malaise sur le fond plus qu'une maladresse de rédaction. » L'enfermement semble être devenu un objectif en soi, faute d'autre objectif.

Les rapports qui ont précédé la loi redisaient sur tous les tons les limites du soin. Aujourd'hui, les commentaires de la loi répètent que la psychiatrie est bien incapable, tant quantitativement que qualitativement, d'absorber les missions dont elle se voit frénétiquement investie. Pas assez de psychiatres intéressés par le pénal, pas de médecins coordonnateurs pour mettre en œuvre l'injonction de soins. En 2005, par exemple, le rapport Burgelin constate: « La mise en œuvre de l'injonction de soins est disparate en raison de l'implantation inégale des psychiatres sur le territoire national et de la rareté des médecins disponibles. Peu de praticiens ont une compétence spécifique dans le traitement des conduites sexuelles et semblent prêts à s'investir dans le champ expertal, la coordination et les soins » (p. 58). C'est au point que « la nécessité d'expertises est devenue une telle source de difficulté dans l'application des peines que les décrets ou la jurisprudence sont parfois obligés d'en corriger les effets, en autorisant à s'en passer. Un support législatif a d'ailleurs été donné à ces entorses aux principes à l'article 712-22 »⁹⁶. Même pénurie du côté du personnel judiciaire: « ... la mise en œuvre d'une peine aussi spécifique que le suivi sociojudiciaire, tant en termes de durée que de coordinations entre les différents acteurs, nécessite que les juges de l'application des peines et les conseillers d'insertion et de probation soient en nombre suffisant. Or, les tribunaux souffrent actuellement d'une pénurie de moyens qui a pu, à juste titre, décourager certaines juridictions d'ordonner des suivis sociojudiciaires qui resteraient inappliqués⁹⁷ ».

La dimension de soin, largement présente dans les textes, se trouve ainsi en pratique réduite à du cosmétique. Rares sont les commentaires qui voient dans la rétention de sûreté « vraiment une mesure de sûreté au double sens de l'expression »: « au sens positiviste de l'élimination de certains criminels

⁹⁵ Propos recueillis Alain SALLES, *Le Monde*, 9 septembre 2007.

⁹⁶ HERZOG-EVANS, 2008.

⁹⁷ BURGELIN, 2005, p. 59.

et au sens moderne du traitement⁹⁸ »⁹⁹. Reste l'élimination, la neutralisation. Car, parallèlement, le contexte répressif se renforce. Outre que les durées de peine sont plus longues en France qu'ailleurs, en particulier pour les infractions sexuelles¹⁰⁰, le champ d'application de la récidive s'élargit : la loi du 12 décembre 2005¹⁰¹ étend les conditions d'application de la récidive légale et introduit la notion de réitération. Les conséquences qui y sont associées vont toutes dans le même sens, d'une rigueur accrue. Le régime des peines applicables en cas de récidive a, plus récemment¹⁰², connu un infléchissement majeur. Il s'inspirait traditionnellement de l'idée d'individualisation de la peine : la récidive était une circonstance aggravante, que le juge était libre de relever. Les « peines-plancher » instaurées par la loi de 2007 marquent le glissement de cette logique individualisatrice, « continentale », vers une logique plus « anglo-saxonne » se caractérisant par une conception plus rétributive de la peine, assortie d'une faible confiance du législateur (ou de l'exécutif...) dans le pouvoir judiciaire. Et le récent projet de loi s'inscrit sans équivoque dans une logique de surveillance renforcée.

Dans cette « défense sociale », la dimension de neutralisation l'emporte largement sur celle de soin. La rétention de sûreté est d'ailleurs explicitement inspirée de la détention de sûreté allemande, laquelle est présentée par le rapport Goujon-Gautier (p. 7) comme ayant « pour principale préoccupation la sécurité de la société » (en neutralisant), par opposition au système hollandais qui « tente de concilier les objectifs de sécurité avec la prise en charge sanitaire des personnes »¹⁰³ (p. 76), les deux rendant possible de retenir dans un cadre fermé, après l'exécution de leur peine, les personnes considérées comme dangereuses. L'objectif de neutralisation est au demeurant explicitement formulé. Ainsi dans le discours prononcé par la Garde des Sceaux Rachida Dati lors du colloque « Neutraliser les grands criminels » qui s'est tenu à l'Assemblée nationale le 17 octobre 2008. Outre l'intitulé du colloque, qui ne laisse guère de doute, la ministre expose un programme sans équivoque : « Des progrès peuvent encore être accomplis [...] dans trois domaines en particulier. Tout d'abord dans l'évaluation de la dangerosité. [...] Nous devons ensuite améliorer la prise en charge des personnes dangereuses afin d'assurer une neutralisation efficace [...] Il nous faut également travailler sur l'offre de soins aux personnes condamnées, qu'elles soient en prison ou libres. « Avec la loi de février 2008, la mesure de sûreté

⁹⁸ PRADEL, 2008.

⁹⁹ « Compte tenu de la paupérisation croissante de la psychiatrie publique, nous n'avons pas l'air partis pour que de tels établissements [offrant à la fois une surveillance et des soins de longue durée dignes de ce nom] puissent actuellement voir le jour » (HEFEZ, 2008).

¹⁰⁰ GOUJON, GAUTIER, 2006, p. 34.

¹⁰¹ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

¹⁰² Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

¹⁰³ La pratique néerlandaise se caractérise par la différenciation de traitement (en particulier à l'intérieur du système carcéral) selon la gravité de l'infraction, la dangerosité et le degré d'altération des facultés mentales (p. 42-43).

vient de franchir un cap qu'elle n'avait jamais atteint. Elle est désormais compatible avec une privation totale de liberté, ce qui en fait une forme de relégation¹⁰⁴».

Conclusion : « La criminologie : sortir de l'exception française ? »

Le rapport Lamanda s'ouvrait sur « le risque », et les difficultés de son évaluation : « La commission de crimes particulièrement graves par des récidivistes conduit à se demander si la persistance de l'état de dangerosité, à l'issue de la peine, a été suffisamment mesurée [...] ». Quatre recommandations, les quatre premières, en découlaient, sur le thème « Promouvoir la recherche et l'enseignement en criminologie »¹⁰⁵. À peu près à la même époque, en février 2009, se tenait à Paris un colloque intitulé « Criminologie, enseignement et recherche : sortir de l'exception française ? » Sans s'attarder ici sur les rétroactes du colloque, issu d'une démarche distincte¹⁰⁶, ni sur le contexte hautement polémique – entre chercheurs – dans lequel il s'est inscrit, on voudrait conclure sur deux réflexions, inspirées de l'observation de ce soudain regain d'intérêt pour la criminologie. La France (re)découvre-t-elle la criminologie ?

La première remarque, directement inspirée de la réalité belge, concerne l'objet de cette « discipline » criminologique, ou plus exactement l'étendue du « champ » concerné. Même si la notion de « pluridisciplinarité » lui est parfois associée¹⁰⁷, on s'aperçoit rapidement qu'il s'agit avant tout d'une criminologie clinique, centrée sur le délinquant. Les deux premières recommandations évoquent « la » criminologie, mais la troisième et la quatrième sont plus précises : il s'agit, à l'université, de permettre « l'acquisition de la qualification de criminologue clinicien », d'une part, et d'autre part, de « compléter en criminologie clinique les formations initiale et continue de certains professionnels ». L'objectif est bien de former des praticiens capables d'évaluer la « dangerosité criminologique ». La sociologie criminelle est absente des préconisations du rapport Lamanda. Qu'en est-il alors du colloque ? Le projet de « sortir de l'exception française » renvoie à l'absence, en France, de formation en criminologie. À la différence de plusieurs autres pays, qui ne se situent pas uniquement dans le monde anglo-saxon – on nommera la Belgique, le Canada, la Suisse –, la criminologie ne fait pas l'objet d'un enseignement à part entière. Le colloque, destiné à débattre de l'opportunité d'un tel enseignement, prenait place sur la base d'une définition élargie de « la » criminologie¹⁰⁸ : « La criminologie, *stricto sensu*, peut être représentée par un tétraèdre constitué des sciences juridiques, des

¹⁰⁴ MAYAUD, 2008, p. 1363.

¹⁰⁵ Recommandation n° 1.

¹⁰⁶ À ce sujet, voir TOURNIER (2009).

¹⁰⁷ LAMANDA, 2008, p. 16 ; LECERF, 2008, p. 14.

¹⁰⁸ TOURNIER, 2008.

sciences de la société et des sciences du psychisme, ces trois faces reposant sur un socle commun constitué par la philosophie. » Ou, plus explicitement : « C'est la criminologie dans son ensemble – et pas seulement la criminologie clinique – qu'il nous faut promouvoir à l'université, au niveau de l'enseignement et de la recherche. » Las, il fallut constater, à de rares exceptions près, l'absence à ce colloque des sociologues de la déviance et du système pénal...

La seconde réflexion porte sur *la fonction* de cette criminologie. La défense sociale au XIX^e siècle correspondait en quelque sorte au triomphe de la criminologie comme science naissante. Nous voilà au XXI^e siècle, avec une pseudo-défense sociale et... quelle criminologie ? N'assiste-t-on pas ici, après l'instrumentalisation du psychiatre, à une autre forme d'esquive, ou de mystification : inventer « le » criminologie et, par un autre tour de magie, « régler » un problème compliqué... Et se passer ainsi d'un exercice autrement plus difficile, qui serait celui-là de nature pédagogique ?

RÉFÉRENCES

- ANCEL M. (1954), *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3^e édition, Paris, Cujas.
- BONFILS Ph. (2008), Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *Rev. sc. crim.*, pp. 392 et s.
- BURGELIN J.-F. (2005), *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive*, rapport de la commission Santé-Justice, ministère de la Justice/ ministère de la Santé et des Solidarités.
- DANET J. (2008), « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal/ Penal Field*, vol. V.
- DANET J. (2009), « Droits de la défense et savoir sur le crime », in CHEVALLIER PH., GREACEN T. (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, Toulouse, Erès, pp. 67-85.
- DEBUYST Ch. (1984), « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, vol. 17, n° 2, pp. 7-24.
- DEBUYST Ch. (dir.) (1981), *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Genève, Médecine et Hygiène.
- DELAGE P.-J. (2007), « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *Rev. sc. crim.*, pp. 797 et s.
- DESPORTES F., LE GUNEHEC F. (2008), *Droit pénal général*, Economica, 15^e éd.
- DIGNEFFE F. (2009), « Généalogie du concept de dangerosité », in CHEVALLIER PH. & GREACEN T., *Folie et justice : relire Foucault*, Toulouse, Erès, pp. 139-157.
- EOLAS (2008), « De la rétention de sûreté et de l'absence de retenue de l'exécutif », <http://maitre-eolas.fr/2008/02/25/880-de-la-retention-de-surete-et-de-l-absence-de-retenu-de-l-executif>
- FENECH G. (2007), Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la détention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n° 497.
- GARRAUD J.-P. (2009), Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, n° 2007.

- GARRAUD J.-P. (2006), *Réponses à la dangerosité*, rapport de la commission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, ministère de la Justice/ ministère de la Santé et des Solidarités.
- GDS-INHES, Groupe diagnostique de sécurité n° 1 de la 19^e session nationale d'études de l'INHES (2009), «Psychiatrie et délinquance: quels lieux et quels moyens de traitement?», *Les Cahiers de la sécurité*, janvier-mars, n° 7, pp. 176-187.
- GIUDICELLI A. (2009), «Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental», in MASSÉ M., JEAN J.-P., GIUDICELLI A. (dir.) *Un droit pénal post-moderne?* Paris, PUF, pp. 149-171.
- GOUJON PH., GAUTIER Ch., (2006), «Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques», Rapport du Sénat, n° 420.
- GUIGNARD L., GUILLEMAIN H. (2008), «Les fous en prison?» http://www.laviedesidees.fr/Les-fous-en-prison.html?decoupe_recherche=les%20fous%20en%20prison
- HAS, Haute Autorité de santé (2006), «Prise en charge de la psychopathie. Audition publique 15-16 décembre 2005», Rapport d'orientation de la commission http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/Psychopathie_rap.pdf
- HEFEZ S. (2008), blog «Familles je vous haïme», Quand Sarkozy veut pénaliser la maladie mentale, 17 novembre, <http://familles.blogs.liberation.fr/hefez/2008/11/penalisation-de.html>
- HERZOG-EVANS M. (2008), «La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des principes cardinaux” de notre droit», *AJ Pénal*, pp. 161 et s.
- LAZERGES Ch. (2008), La rétention de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel, *Rev. sc. crim.*, pp. 731-746.
- LECERF J.-R. (2008), Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat, sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, n° 174, annexé à la séance du 23 janvier.
- MAYAUD Y. (2008), La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Recueil Dalloz*, n° 20, pp. 1359-1366.
- PINATEL J. (1963), *Criminologie*, Paris, Dalloz.
- PRADEL J. (2008), Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, *Recueil Dalloz*, n° 15, pp. 1000-1012.
- PROTAIS C., MOREAU D. (2009), L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé, *Champ pénal/ Penal Field*, vol. VI. <http://champpenal.revues.org/document7112.html>
- RENOUT H. (2008), *Droit pénal général 2008-2009*, Paradigme.
- ROETS D. (2008), «La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme», *Recueil Dalloz*, n° 27, pp. 1840-1847.
- SENON J.-L. (2005), Troubles psychiques et réponses pénales, *Champ pénal, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale*, mis en ligne le 15 septembre 2005 <http://champpenal.revues.org/document77.html>
- SENON J.-L., MANZANERA C. (2008), «Psychiatrie et justice: de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté», *Actualité juridique Pénal*, pp. 176 et s.
- SENON J.-L., MANZANERA C. (2007), «Psychiatrie et justice: évolutions contemporaines de la clinique et de l'organisation des soins», *Actualité juridique Pénal*, pp. 123 et s.

- SENON J.-L., MANZANERA C. (2006), «L'expertise psychiatrique pénale: les données d'un débat», *Actualité juridique Pénal*, pp. 66 et s.
- SENON J.-L., PRADEL J. (2000), «Entre répression, prévention et soins: la loi du 17 juin 1998 et ses applications», in BALIER C. et CIAVALDINI A, *Les agresseurs sexuels*, Masson, Médecine et psychothérapie.
- TOURNIER P. V. (2009), compte rendu de la réunion du 2 octobre 2008 sur le développement de la criminologie à l'université, ronéo.
- TOURNIER P. V. (2008), Note à l'attention de M^{me} Marie-Danièle Campion, directrice adjointe au cabinet de la ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche.
- VAN DE KERCHOVE M. (2010), «Les avatars de la loi belge de défense sociale: le changement dans la continuité», *Déviance et société*, compléter
- VAN DE KERCHOVE M. (2008), «Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français», *Rev. sc. crim.*, p. 805-824.
- VAN DE KERCHOVE M. (1999), «Les réactions législatives aux disparitions d'enfants. "L'affaire Dutroux", paradigme de l'accélération du temps juridique?» *Revue de droit pénal et de criminologie*, pp. 1075-1122).
- VAN DE KERCHOVE M. (1985), «Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques», *Journal des tribunaux*, pp. 329-334.
- VAN DE KERCHOVE M. (1983), «Le juge et le psychiatre. Évolution de leurs pouvoirs respectifs», in GÉRARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 311-390.
- ZAGURY D. (2009), «Pratiques et risques de l'expertise psychiatrique», in CHEVALLIER PH. & GREACEN T., *Folie et justice: relire Foucault*, Toulouse, Erès, pp. 87-102.