



HAL
open science

Traiter l'excès par l'excès : la logique auto-immunitaire de la pénalisation des transmissions individuelles du virus du sida

Alexandre Jaunait

► **To cite this version:**

Alexandre Jaunait. Traiter l'excès par l'excès : la logique auto-immunitaire de la pénalisation des transmissions individuelles du virus du sida. Mbongo Pascal. L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique, Mare et Martin, pp.155-172, 2012, Droit et science politique, 978-2-84934-095-0. halshs-01344343

HAL Id: halshs-01344343

<https://shs.hal.science/halshs-01344343>

Submitted on 19 Jul 2016

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.

Alexandre Jaunait

Maître de conférences en science politique à l'Université de Poitiers.

« Traiter l'excès par l'excès : la logique auto-immunitaire de la pénalisation des transmissions individuelles du virus du sida »¹

La problématique de l'excès a une dimension normative évidente, qu'il s'agisse de renvoyer à une description particulière d'un état du monde ou à une évaluation positive ou négative de celui-ci. Dès le moment que l'excès « qualifie » une action ou un objet, il renvoie à la contingence de la norme et à son caractère historique : ce qui est considéré comme excessif n'a aucune objectivité particulière et nous renseigne en premier lieu sur l'agent ou l'institution qui qualifie l'excès et stabilise ainsi sa propre norme. Contrairement à l'ordre du droit, qui qualifie et quantifie l'excès dans un objectif de régulation et de contrainte, les sciences sociales ne peuvent adopter qu'une posture nominaliste relativement à l'excès, consistant à comprendre les configurations dans lesquelles il est imputé. Comme la folie pour Foucault, on pourrait considérer que l'excès n'existe pas afin d'en mieux établir la généalogie.

Historiquement, les occurrences du concept d'excès sont plutôt négatives, en particulier si l'on remonte à la signification latine-chrétienne du terme renvoyant à « l'écart, à la faute et au péché »². L'excès est objet de condamnation et de stigmat, et sa valorisation apparaît comme provocatrice ou iconoclaste, dans tous les cas, particulièrement rare³. La critique de l'excès témoigne a minima du fait qu'il crée le trouble, qu'il dérange, et sa condamnation morale ou sa pénalisation juridique objectivent son caractère problématique, donnent de la substance aux torts ou aux coûts qu'il est supposé engendrer. L'excès appelle une réaction de la société lorsque celle-ci se sent mise en péril et sa condamnation permet de rétablir l'ordre.

Ma contribution s'intéresse à un aspect particulier de la régulation et de la condamnation de comportements rapportés à l'excès : la transmission individuelle du virus du VIH-sida. Depuis plus d'une dizaine d'années en effet, une tendance internationale nouvelle se met en place dans les politiques de lutte contre cette maladie. Loin des politiques préventives classiques, l'instrument pénal a été mobilisé de façon croissante, condamnant très sévèrement des individus ayant transmis d'une façon ou d'une autre le virus du sida. L'excès semble ici constitué par des comportements fautifs consistant à transmettre un virus. Pourtant, au regard de ces procès et des instruments juridiques nouvellement mis en œuvre, la figure sociale de l'excès semble se déplacer des comportements des agents à la personne même de ceux-ci : la maladie se confond avec le risque de sa transmission, et le sujet malade devient ontologiquement excessif. S'il peut paraître contre-intuitif de comprendre la maladie comme un excès, au regard de l'anthropologie le rapprochement est pourtant avéré : la maladie signale une rupture des règles de conduite dans un environnement donné, elle est la conséquence et la manifestation d'une transgression⁴. A cet égard, l'épidémie de VIH-sida contient tous les éléments d'une anthropologie de l'excès et de la déviance : elle renvoie aux comportements sexuels, elle est profondément liée à des figures stéréotypiques outrées et elle s'inscrit par surcroît dans l'histoire des épidémies et de la contagion qui libèrent les tropes de la panique morale.

Ma contribution cherchera à analyser la façon dont la pénalisation des transmissions de VIH-sida aujourd'hui renvoie à une anthropologie de l'excès dans laquelle des sujets pathologisés se voient imputer de la responsabilité, celle de leur maladie et de leur caractère contagieux, afin de

¹ Cette version conserve certains aspects de la communication orale présentée le 20 mai 2011.

² Alain Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1992, p. 755.

³ Voir dans ce même volume la contribution de Johann Michel sur deux « philosophes de l'excès », Nietzsche et Lévinas.

⁴ Entre autres : Philippe Adam, Claudine Herzlich, *Sociologie de la maladie et de la médecine*, Paris, Nathan, (1994), 2001.

protéger la société de dangers épidémiques. En d'autres termes, le recours à la pénalisation des transmissions de VIH-sida dévoile une rationalité particulière de la peine comme un instrument de régulation de l'excès. Le premier paradoxe de cette situation tient à ce que l'engagement de la responsabilité des personnes vivant avec le VIH-sida (PVVH) ne correspond que très rarement aux conceptions classiques de l'imputation de responsabilité pénale : dans certains cas, ces personnes sont condamnées *en tant* qu'être dangereux et par nature excessifs, et non en fonction d'actes délictueux ou criminels qu'ils auraient commis. Cette transformation de la rationalité pénale et des catégories classiques de la responsabilité entre en résonance avec la colonisation contemporaine de la pensée par les catégories du néo-libéralisme. Le deuxième paradoxe que je soulignerai a à voir avec ce qu'on pourrait appeler le traitement social de l'excès : à partir du moment où l'excès renvoie à une transgression confuse à et des dangers très peu objectivés ou rationalisés, la lutte contre ceux-ci a des effets contre-productifs, la pénalisation des transmissions de VIH-sida s'avérant particulièrement inopérante en termes de santé publique. Ce deuxième paradoxe illustre sans doute une logique sociale de l'excès et de la lutte contre celui-ci, un caractère circulaire ou auto-immunitaire – pour reprendre la terminologie de Jacques Derrida⁵ - dans lequel une société abolit précisément ce qu'elle cherche à préserver.

I - Le recours croissant au droit pénal dans les politiques de santé publique

La lutte contre l'épidémie du sida a derrière elle une longue histoire qui tranche avec la façon dont les sociétés modernes, et plus anciennes, ont cherché à lutter contre les épidémies et les maladies infectieuses. Dès le début des années 1980, un consensus entre les Etats, les organisations internationales en charge de la lutte contre l'épidémie (OMS et Onusida) et les associations de malades se met en place. Ce consensus, qui forme un modèle « exceptionnaliste » de lutte contre le sida, converge vers l'idée que les moyens traditionnels de lutte contre les épidémies – en particulier les mesures coercitives prises à l'encontre des malades – doivent être abandonnés au profit de politiques de prévention, d'information, de renforcement des droits individuels et de déstigmatisation des malades⁶. Au regard des spécificités de la maladie et de ses modes de diffusion, la rationalité préventive qui préside à la lutte contre le sida consiste à privilégier les droits des malades dans un but qui n'est pas simplement moral mais bien instrumental : la stigmatisation des personnes vivant avec le VIH risque de conduire l'épidémie dans la clandestinité et de la rendre d'autant plus incontrôlable. A cet égard, les politiques de prévention et d'accès aux soins nécessitent de construire un cadre sécurisant pour les personnes séropositives et exposées au risque, cadre qui exclut logiquement le recours à la pénalisation des malades⁷.

Pourtant, depuis une quinzaine d'années, ce référentiel s'est progressivement modifié. Dans de nombreux pays, les cas de pénalisation des transmissions de VIH-sida sont en constante augmentation, en particulier aux Etats-Unis, en Europe et sur le continent africain. Au demeurant, la pénalisation des transmissions du virus ne répond pas nécessairement à une logique de santé publique ou n'est pas toujours justifiée comme telle. De nombreux procès semblent en effet répondre à une rationalité indépendante de celle de la santé publique, mettant en avant des torts causés par la transmission du virus et demandant à cet égard soit réparation, soit

⁵ Cf. Jacques Derrida, Jürgen Habermas, *Le « concept » du 11 septembre. Dialogues à New York (octobre-décembre 2001) avec Giovanna Borradi*, Paris, Galilée, 2004, *Foi et savoir*, Paris, Seuil, 1995, ou encore *Voyous. Deux essais sur la raison*, Paris Galilée, 2003.

⁶ Sur le modèle exceptionnaliste de lutte contre le sida comparé aux stratégies coercitives de lutte contre les épidémies, voir la thèse de Mélanie Heard, *Un nouveau paradigme en santé publique : droits individuels et VIH/sida, 25 ans d'action publique en France*, Thèse soutenue à l'IEP de Paris le 5 juin 2007 ou encore Claudine Herzlich, Philippe Adam, « Urgence sanitaire et liens sociaux : l'exceptionnalité du sida ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, 102, 1997, p. 5-28.

⁷ Patrick Zylberman, « Punir la contamination : généalogie d'un échec (1905-1960) in CRIPS « Transmission du VIH et responsabilité. Aspects juridiques et éthiques », *Lettre d'information*, 75, 2005.

condamnation pénale. En d'autres termes, certains procès répondent à une logique judiciaire singulière et non à une logique collective de santé publique. Pourtant, si les organisations internationales de lutte contre le sida et l'univers associatif mobilisé contre la maladie se sont alarmés de la multiplication des procès, c'est bien parce qu'il existe une rationalité sous-jacente à ces affaires et en particulier aux législations ou à la pratique du droit qui rendent possible cette explosion des cas de pénalisation. En effet, de nombreux Etats ayant modifié leur législation l'ont fait par référence à un souci de santé publique. Dans ces Etats, le droit pénal vient compléter les dispositifs classiques de prévention, la pénalisation apparaissant ainsi comme une politique comme une autre – ou parfois plus efficace – dans le domaine de la santé des populations.

J'exposerai très succinctement quelques configurations de pénalisation qui se sont récemment développées afin de pouvoir en interpréter les logiques⁸.

II - Que pénalise-t-on ?

Depuis une quinzaine d'années, les cas de pénalisation des transmissions du virus du sida sont en constante augmentation, qu'il s'agisse de la condamnation de la transmission du virus ou de l'exposition au risque, et que ce soit sur la base des catégories pénales existantes ou de la mise en place de législations spécifiques. Les principales zones géographiques touchées par cette tendance sont : 1) les Etats-Unis et le Canada - qui à eux seuls recouvrent la majorité des cas de condamnations effectives, 2) les pays africains qui depuis 2004 ont mis en place des législations spécifiques particulièrement répressives et problématiques, 3) l'Europe du nord enfin - situation relativement paradoxale puisque les condamnations y sont très importantes alors même qu'il s'agit des pays où l'épidémie de sida est la moins forte dans le monde.

Je m'intéresse à quatre faisceaux de comportements pénalisés qui ont en commun de remettre en cause la logique classique de l'imputation de la responsabilité pénale.

La première catégorie recouvre les cas où l'on pénalise la simple « exposition aux risques » sans qu'il y ait eu de transmission effective du virus. On ne condamne pas ici la transmission d'un virus mais la possibilité de l'avoir transmis. La notion d'exposition aux risques n'est certes pas une catégorie nouvelle du registre pénal, mais sa mobilisation dans les cas de transmission du virus du VIH-sida mérite d'être interrogée au regard des éléments classiques de commission d'une infraction qui ne sont *pas* pris en compte. Dans certains cas, l'accusé avait fait part à son partenaire de son statut sérologique, le partenaire connaissant ainsi l'existence d'un risque potentiel de transmission. Le consentement à la prise de risque dans le cadre du rapport sexuel n'est pas ici retenu. Bien entendu, contrairement au procès civil, le droit pénal ne connaît pas le partage de la responsabilité. Pour autant, il reste étonnant que n'interviennent pas, dans les circonstances de la commission de l'infraction ou du crime, la notion de consentement ou d'agentivité du partenaire dans le cadre de la relation sexuelle, en particulier lorsqu'il s'agit de condamner une action qui n'a pas abouti à la réalisation du risque.

La deuxième catégorie recouvre des cas de pénalisation de la transmission effective du virus, mais comme dans la première catégorie, sans prise en compte du contexte social de la

⁸ Pour la clarté de l'argument, cette typologie est nécessairement – et peut-être trop – simplifiée. Je sélectionne en outre des cas particulièrement problématiques au regard de la rationalité pénale, et parfois même de la logique la plus commune. Pour autant, il ne s'agit pas d'une démarche caricaturale puisque les législations qui ont été récemment développées ou créées visent précisément à pouvoir pénaliser des comportements qui ne l'étaient pas auparavant. Concernant les sources de ces différentes données, j'utilise entre autres les éléments de 2010 fournis par Michel Celse, rapporteur au Conseil national du sida. Pour des données très précises sur les différentes législations et procès dans le monde, voir le Global Criminalization Scan de l'association GNP + : <http://www.gnpplus.net/criminalisation/>. De nombreuses données sur la pénalisation des transmissions se trouvent également dans la documentation de l'Onusida. Par exemple : « Droit pénal, santé publique et transmission du VIH. Etude des politiques possibles », Rapport rédigé par Richard Elliott pour l'Onusida en 2002.

transmission. Il s'agit par exemple de cas où la PVVH a pu déclarer sa séropositivité à son partenaire, de cas dans lesquels des moyens de protection ont été mis en œuvre – comme l'usage d'un préservatif ayant pu rompre –, ou de cas dans lesquels l'accusé n'avait pas lui-même connaissance de sa propre séropositivité, ce qui n'est pas sans poser problème au regard de la notion d'intentionnalité qui irrigue les conceptions classiques de la responsabilité pénale. Par ailleurs, certaines condamnations apparaissent particulièrement frappantes au regard de la méconnaissance profonde des contextes relationnels et des rapports de pouvoir – de sexe, de classe ou de race – qui forment les conditions de possibilité d'une action dont on peut nous imputer la responsabilité. Dans plusieurs États dans le monde, comme dans certains contextes sociaux, il peut être particulièrement difficile et dangereux de dire sa séropositivité. Dans d'autres contextes, où le prisme des rapports sociaux de sexe est décisif, le contrôle sur sa propre sexualité est impossible, tout comme la capacité même « d'échapper » à une relation sexuelle. Enfin, on notera la recrudescence de décisions juridiques pénalisant la transmission mère-enfant du virus, et plus récemment encore, la transmission indirecte du père à l'enfant via la mère.

La troisième catégorie est d'autant plus instructive qu'on y cherchera en vain la moindre trace de rationalité pénale. Il s'agit de cas de poursuites en l'absence de risque ! Aux États-Unis, et cela concerne environ un quart des condamnations entre 2007 et 2009, on pénalise des comportements considérés par les médecins et les autorités sanitaires comme représentant un risque très faible ou nul, comme le risque attaché à des actes de morsure, de griffure ou de crachat. Dans l'État du Texas, un homme a été condamné à 35 ans de prison ferme pour un crachat, la séropositivité étant considérée comme la circonstance aggravante d'un risque pourtant inexistant. De la même façon, on connaît de nombreux cas de pénalisation pour exposition à un risque par des personnes que le monde médical considère comme n'étant pas contaminantes. Il s'agit ici de PVVH, traitées efficacement, et dont la charge virale est devenue « indétectable ». D'après les conclusions internationalement adoptées d'une étude suisse de 2008, ces personnes ne peuvent tout simplement pas transmettre le virus⁹. Ces pénalisations sont loin d'être anecdotiques et restent particulièrement effectives. Elles posent crûment la question de savoir ce qui est pénalisé lorsqu'on décide de condamner des individus pour des risques qu'ils ne peuvent scientifiquement pas réaliser¹⁰.

La quatrième catégorie recouvre un ensemble de cas concernant le continent africain et l'adoption d'une série de lois pénalisant les transmissions du virus du VIH-sida à partir de 2004. En effet, sur la base du caractère dramatique de l'épidémie en Afrique, un sommet d'États africains, d'organisations internationales et d'ONG a eu lieu à N'Djamena en 2004 afin de lancer une initiative commune à la mesure du désastre épidémique. Ce sommet a entre autres abouti à la formulation d'une loi-type sur la « transmission volontaire » du sida définie comme : « tout attentat à la vie d'une personne par l'inoculation de substances infectées par le VIH, de quelque manière que ces substances ont été employées ou administrées et quelles qu'en aient été les suites ». Cette définition de la transmission volontaire paraît problématique à plusieurs égards. Elle permet d'une part des condamnations pénales en l'absence de transmission – puisqu'une inoculation de virus ne conduit pas nécessairement à la contamination par celui-ci –, et elle formule d'autre part un concept de « transmission *volontaire* » extraordinairement flou et contre-intuitif puisqu'autorisant la condamnation de prévenus pouvant ignorer leur statut sérologique, n'avoir aucune connaissance des risques, avoir mis en œuvre des moyens de protection ou avoir déclaré leur séropositivité. Dans la formulation du modèle de N'Djamena, on peut ainsi considérer qu'une exposition au risque sans transmission du virus demeure une « transmission

⁹ Il y a 15 ans, un patient sous trithérapie avait une chance sur 300 de transmettre le virus lors d'un rapport non-protégé. Ce risque est aujourd'hui passé à 1/100 000.

¹⁰ On notera à cet égard un revirement de jurisprudence intéressant en Suisse, pays particulièrement sévère dans la pénalisation des transmissions du virus du VIH-sida. En 2009, le parquet de Genève a lui-même demandé et obtenu l'acquiescement d'un prévenu condamné en première instance, indiquant qu'on ne pouvait condamner sur un « risque hypothétique » - cette décision peinant à faire jurisprudence internationale. Voir notamment *La tribune de Genève*, 20-21 mai 2009.

volontaire» ou que l'absence d'information sur son propre statut sérologique n'élimine pas l'élément de la volonté.

Ces quatre faisceaux de comportements pénalisés ressortissent de contextes nationaux différents mais ils ont en commun une certaine nouveauté : leur multiplication dans les 15 dernières années est le résultat des nouvelles législations qui ont été adoptées dans un nombre croissant d'États, ou de nouvelles pratiques judiciaires qui autorisent d'appliquer les catégories existantes du droit aux cas de transmission du virus du sida. En ce sens, il existe bien une tendance internationale à la pénalisation qui forme une nouveauté et qui s'inscrit de facto dans les politiques de lutte contre le sida. Le recours au pénal est doublement légitimé : d'une part, sur un plan individuel, il renvoie à la logique judiciaire et au droit de chacun de demander des comptes lorsqu'on estime avoir subi un tort – ce qui ne réclame pas un niveau de justification supplémentaire puisque c'est la fonction traditionnelle du droit pénal ; d'autre part, sur un plan de politiques publiques, la pénalisation incarne la figure dissuasive de la peine et peut ainsi être pensée comme un instrument comme un autre de prévention. A cet égard, cette légitimation est irriguée par les figures les plus classiques de la justification de la peine, en particulier par la notion de dissuasion, et en l'absence de toute vérification empirique de l'efficacité postulée de l'infliction d'une peine. Dans tous les cas, et quels que soient les répertoires de justification mobilisés au niveau des États, des professionnels du droit ou des plaignants, la multiplication des procès dans le contexte de l'épidémie de VIH-sida est claire. Dans le modèle de N'Djamena de 2004, le référentiel pénal est explicitement adopté pour faire face à l'épidémie sur le continent africain. Dans les pays d'Europe du nord, pourtant très peu touchés par la pandémie, les nouvelles législations adoptées visent également à mettre à distance le risque épidémique, la peine apparaissant comme l'instrument le plus radical, et par association psychologique, le plus efficace, de cette mise à distance aux accents incantatoires.

III - Une logique pénale déficiente

Le recours à l'arme pénale et aux dispositifs de juridicisation des relations sociales est une question en soi relative à l'efficacité des politiques de santé publique¹¹. Les organisations internationales de lutte contre le sida et le monde associatif se sont très largement prononcés contre l'introduction du pénal dans le répertoire des instruments de santé publique, considérant que l'épidémie de sida présentait des spécificités sociales rendant l'usage de la pénalisation contre-productif. Pourtant, encore une fois, le procès pénal peut être pensé indépendamment de son utilité en termes de santé publique comme de nombreux juristes l'ont plaidé¹². La vertu du procès ne s'évalue pas à l'aune des politiques publiques, celui-ci remplit une fonction sociale intrinsèque qui n'a pas à être justifiée en termes instrumentaux, quel que soit le domaine de politiques publiques par lequel on prétende en mesurer la légitimité.

Au regard de la lettre et de l'esprit des jugements rendus dans les cas de transmission du virus du VIH-sida, il est pourtant légitime de se demander quels sont les buts poursuivis par les catégories pénales et les verdicts des juges. En effet, si ces procès pour transmission méritent d'être analysés de près, ce n'est pas en tant qu'ils seraient par nature préjudiciables à la santé publique, ou qu'il existerait une forme d'impunité relative aux comportements sexuels individuels qui serait accordée par une justification collective de santé publique. L'intérêt de ces procès est ailleurs et tient précisément au fait qu'ils semblent échapper aux logiques d'imputation classiques

¹¹ Pour une réflexion approfondie sur les liens entre le droit et la santé publique, en particulier sur les équilibres entre coercition et droits de l'homme, on peut se référer aux travaux de Lawrence Gostin, pionnier du courant de Public Health Law. Cf. Lawrence O. Gostin, *Public Health Law. Power, Duty, Restraint*, Berkeley/Los Angeles, University of California Press, 2000.

¹² Lire par exemple la tribune de Remi Pellet, « Tous les séropositifs sont-ils irresponsables ? Pas d'impunité pour la contamination du conjoint », *Le Monde*, 20 mars 2009.

de la responsabilité pénale. En d'autres termes, les PVVH qui se retrouvent devant les tribunaux pour avoir transmis le virus ou exposé aux risques un partenaire, font fréquemment l'objet de procès hors-normes dans lesquels il semble que leur « état d'être » séropositif surdétermine leurs « états de faire » - au sens des actions bien comprises qui pourraient leur être imputables¹³.

En effet, la logique du droit pénal cherche à imputer une faute à un agent capable d'éviter de commettre celle-ci. A cet égard, le procès a pour fonction de retracer la capacité d'agent d'un individu et de connaître les circonstances de commission d'une infraction ou d'un crime. Dans les cas que j'ai décrits, les conditions sociales du comportement fautif semblent pour le moins sujettes à caution puisque la faute peut être constituée par l'exposition au risque sans transmission effective, puisque la faute peut être constituée lorsque le risque est nul, puisque la faute peut être constituée sans qu'un individu connaisse son statut sérologique ou sans que soit pris en compte l'information du partenaire, son consentement ou la mise en œuvre de moyens de protection. La distance qui sépare la logique pénale de la logique de santé publique n'apparaît plus ici aussi importante à partir du moment où de nouvelles catégories pénales deviennent mobilisables par les plaignants et que ces catégories éliminent tendanciellement la possibilité d'évaluer la responsabilité d'un agent. Certes, le droit pénal ne connaît théoriquement pas le partage de la responsabilité comme dans le droit civil. Il suppose cependant que les circonstances sociales de la commission d'une infraction puissent être pesées pour attribuer de la responsabilité. Je renvoie ici à la conception de la distribution des peines élaborée par le juriste anglais H.L.A. Hart qui distingue notamment entre l'idée de « faire un choix » et l'idée « d'avoir le choix », et s'interroge ainsi sur les possibilités concrètes, disponibles pour un agent, d'opérer un choix¹⁴. Pour Hart, ces « conditions possèdent une importance normative intrinsèque, indépendante des processus mentaux (...) par lesquels une personne forge sa décision d'agir »¹⁵. Il existe des conditions sociales et institutionnelles qui permettent ainsi, lors d'un procès, de considérer que les individus et les institutions partagent la responsabilité, selon une anthropologie de la faute et du risque qui n'est d'ailleurs pas neuve d'un point de vue historique et renvoie à la production collective des risques sociaux depuis la fin du 19^{ème} siècle¹⁶.

On peut ainsi considérer que si les organisations internationales de lutte contre le sida et les associations de malades dénoncent le recours à l'instrument pénal, ce n'est pas en tant que la notion de responsabilité ne devrait pas s'appliquer aux PVVH, mais au regard des nouvelles catégories pénales et des nouveaux usages du droit qui s'inscrivent à rebours des conceptions classiques de la peine. Dans les procès qui se sont multipliés depuis plusieurs années, le référentiel de la responsabilité concernant les PVVH s'est déplacé de telle sorte que le tissu interactionnel d'une maladie comme le sida - son contexte sexuel et politique - ne semble que rarement pris en compte. Les législations qui ont vu le jour depuis plus de 15 ans semblent fonctionner comme une mise à distance profondément irrationnelle, ne nécessitant pas d'interroger les circonstances concrètes dans lesquelles s'opèrent les nouvelles contaminations. A cet égard, le protocole législatif de N'Djamena qui aboutit à considérer qu'une personne séropositive n'ayant pas connaissance de son statut et n'ayant pas transmis le virus puisse être condamnée pour une « contamination volontaire » semble illustrer la déréliction des catégories mobilisées pour lutter contre le sida. Ces armes pénales là relèvent davantage de la croyance magique dans l'efficacité du verbe et de la radicalité législative que de la rationalité pénale.

¹³ Je reprends ici une paire oppositionnelle du vocabulaire anthropologique qu'on doit à David Schneider : « states of being » vs. « states of doing ». David Schneider, *A Critique of the Study of Kinship*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1984.

¹⁴ Herbert L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968. Sur l'exégèse de Hart pour une philosophie de la responsabilité pénale, voir Bertrand Guillaume, *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003.

¹⁵ Bertrand Guillaume, « Usages des la responsabilité », *Revue française de science politique*, vol. 58, n° 8, décembre 2008, p. 875.

¹⁶ Jacques Donzelot, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984.

IV - La rationalité pénale au prisme du néolibéralisme

D'où vient cette transformation de la rationalité pénale et son introduction dans les logiques de la santé publique ? La généalogie est difficile à établir mais les tribunaux fournissent cependant la matière d'un profil, celui du malade criminel, celui de l'irresponsable sexuel - le *serial killer* ou le *serial fucker*. Et ce profil s'établit comme un paradoxe. En effet, les PVVH condamnées lors de ces procès relèvent de descriptions liées à l'imaginaire social les précipitant à l'état d'individus ultra-libidineux, irrépressibles et irresponsables. Mais ces personnes sont aussi considérées comme une catégorie d'être particulièrement responsables, responsables en tant qu'elles font courir un risque à la société. Leur irresponsabilité devient à certains égards la matière même de leur responsabilité, en-dehors de toute vérification empirique des domaines de conscience et des capacités de choisir des agents.

Ce profil apparaît comme un croisement assez exemplaire des catégories de la dangerosité psychiatrico-pénale du 19^{ème} siècle, et des catégories contemporaines du néolibéralisme et de la responsabilité de soi. Pour Stéphane Legrand, les transformations contemporaines de la responsabilité pénale dans le néolibéralisme revigorent la notion de « criminel-né » apparue dans la deuxième moitié du 19^{ème} siècle. On substitue la dangerosité à la responsabilité, « de sorte que la peine ne se conçoit plus comme la punition d'un acte délictueux passé, mais comme une mesure de défense de la société visant à prévenir des dangers futurs, par élimination définitive, provisoire ou partielle ... »¹⁷. Le paradoxe de cet « usage » de la responsabilité est bien qu'il dissout la question même de la responsabilité : celle-ci n'est plus une philosophie ou une logique, mais bien un instrument de gestion de certaines populations considérées comme dangereuses : le sujet irrépressible et dangereux « ... est d'autant plus punissable qu'il est moins responsable »¹⁸. A partir du moment où le concept de responsabilité semble érudé par la mobilisation de nouveaux instruments juridiques spécifiquement élaborés dans le cadre des transmissions de VIH-sida, il n'est pas exagéré de se demander si la pénalisation ne concerne pas tendanciellement « l'état d'être » de la séropositivité, plutôt que les actions des PVVH et leurs contextes de commission.

On remarque ainsi, comme dans d'autres domaines, le déplacement de la responsabilité pour faute à la responsabilité pour risque, le risque pouvant, par surcroît, être de nature asymptotique ou parfaitement fantasmatique sur le plan scientifique. Au regard de l'effectivité des condamnations et du quantum de la sanction pénale, il semble bien que les risques attachés au virus du sida, risques très largement médiatisés par des discours enracinés dans des émotions souvent peu rationnelles, sont progressivement pris en charge par des instruments pénaux au détriment des mécanismes collectifs. Les fautes et les risques sont individualisés, arrachés à leurs contextes sociaux et à la sociologie de leur production. Le sujet qui fait courir le risque est le détenteur d'un patrimoine pathologique dont il est en dernière instance responsable, sa maladie fonctionnant comme une identité dédoublée ou spectrale de ses actions – une faute ontologique en quelque sorte, qui échappe à la logique même de la responsabilité bien pesée.

La patrimonialisation de la maladie rendant les malades responsables de leur état de santé à l'égard de la société s'inscrit bien dans l'analyse de la responsabilité néolibérale et de ses avatars¹⁹. Au sens de Gary Becker²⁰, la santé comme la maladie forment un capital géré par les individus en dehors des mécanismes collectifs de protection de la société. Grâce à l'intervention de l'option pénale, la régulation sanitaire est assurée, la peine fonctionnant comme instrument de prévention,

¹⁷ Stéphane Legrand, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *Raisons politiques*, n° 28, novembre 2007, p. 37.

¹⁸ Ibid., p. 36.

¹⁹ Voir Emilie Hache, « La responsabilité, une technique de gouvernement néolibérale ? » *Raisons politiques*, n° 28, novembre 2007, p. 49-65 et Stéphane Legrand, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », op. cit.

²⁰ Gary Becker, *Human Capital, A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, New York, Columbia University Press, 1964.

la politique sanitaire devenant une politique sanitaire individuelle²¹. Le malade n'est pas simplement chargé de sa propre santé, il est également, en tant que PVVH, responsable des autres - à la fois pathologisé et hyper-responsable : la « responsabilité morale a été associée à la prévention qui représente une extension des devoirs (...) incombant au malade. C'est comme si (...) le rôle du malade commençait avant le début de sa maladie elle-même, et que "le devoir d'aller mieux" avait été modifié en "devoir de rester en bonne santé" »²². Il doit opérer un calcul coût-bénéfice préalable à ces actions, ce raisonnement formant la substance de la rationalité pénale du néolibéralisme : « La responsabilité juridique était censée juger un acte, la responsabilité juridico-psychiatrique jugeait un individu (dangereux ou non), la nouvelle responsabilité économique-juridique jugerait un raisonnement (« est-ce que cette personne est capable de faire un bon choix ? »)²³.

V - Une logique pénale auto-immunitaire

En distinguant des individus irrémédiablement dangereux, caractérisés par l'excès et l'absence de contrôle d'eux-mêmes, l'introduction d'un référentiel de politiques pénales autour du sida participe à la construction d'un imaginaire social et juridique contradictoire et dangereux. A la fois pathologisés dans l'imaginaire social et dépathologisés pour permettre de leur imputer de la responsabilité juridique, les personnes vivant avec le VIH sont rendues hyper-responsables de la santé collective indépendamment ou presque de leurs actes, de leurs raisonnements moraux, de leurs pratiques sexuelles et des conditions sociales de possibilité de celles-ci. L'état pathologique participe en quelque sorte de la matière même du délit, il en devient la chair, la substance, le sens et l'horizon. La nature ontologique du criminel est au fond l'identité dédoublée de sa faute et se substitue même à elle, au nom de l'auto-défense de la société.

C'est là une des logiques et une des impasses classiques décrites par les critiques du néolibéralisme : si enjoindre aux individus de se protéger eux-mêmes et de renoncer aux mécanismes collectifs de la protection sociale est déjà un pari hasardeux, proposer de protéger la société sur la base d'un pari pénal reposant entièrement sur les malades est encore plus sujet à caution. Cette logique fait peser un double-standard sur les plus défavorisés, double-standard par ailleurs proprement suicidaire dans ses prémisses : les malades sont socialement perçus comme des agents de l'excès et des déviants, mais en même temps suffisamment rationnels pour pouvoir arbitrer entre coûts et bénéfices dans le domaine du crime. La contradiction sur la définition des agents, à la fois irrépressibles et rationnels, n'est jamais résolue. Elle prend la forme d'une spirale, et elle a des conséquences épidémiologiques désastreuses comme ne cessent de le répéter les organisations en charge de la lutte contre le sida.

A terme, il semble que la rationalité pénale engagée dans les politiques de prévention d'une maladie comme le sida ressortit d'une logique circulaire caractéristique de l'excès : une société qui se défend par l'ontologisation de ceux qu'elle considère comme excessifs produit elle-même une forme d'excès qui la détruit. En substituant la politique pénale à la politique sanitaire, pour paraphraser Foucault, l'Etat « transforme le vilain métier de punir en un beau métier de guérir »²⁴ - à ceci près qu'il guérit en punissant. Il invente ainsi des mécanismes de défense qui alimentent

²¹ Cf. Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*. Voir en particulier la comparaison de l'auteur entre la politique sociale dans le keynésianisme et la politique sociale dans le néolibéralisme dans la leçon du 14 février 1979, p. 135-164.

²² Sur ce point et les développements d'une théorie médicale dans le néolibéralisme, voir Emilie Hache, « La responsabilité, une technique de gouvernement néolibérale ? », op. cit.

²³ Ibid., p. 58-59.

²⁴ Cité par Stéphane Legrand, « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », op. cit., p. 36. La phrase originelle de Foucault citée par Legrand est, à propos du pouvoir disciplinaire : « le vilain métier de punir se trouve ainsi retourné dans le beau métier de guérir », Michel Foucault, *Les Anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*, Paris, Gallimard/Seuil, 1999, p. 23.

ce contre quoi il cherche à lutter. C'est ce que Jacques Derrida expliquait de la modernité démocratique en évoquant les réactions auto-immunitaires des Etats, la propension suicidaire d'un organisme à produire ce qui le détruit en voulant se protéger²⁵.

²⁵ Cf. Jacques Derrida, Jürgen Habermas, *Le « concept » du 11 septembre*, op. cit., *Foi et savoir*, op. cit., ou encore *Voyous*, op. cit.