

## **Les politiques sécuritaires à la lumière doctrine pénale du 19<sup>ème</sup> au 21<sup>ème</sup> siècle**

### **Mireille Delmas-Marty**

#### **Présentation**

Ce séminaire, co-organisé avec Jean-Louis Halpérin et Geneviève Giudicelli-Delage, vient compléter le cours 2008-2009, « Libertés et sûreté dans un monde dangereux ».

J'avais ouvert le cours sur un constat inquiétant (celui de la réalité des dangers et de l'incertitude de réponses), et j'avais conclu par une interrogation : allons-nous vers des sociétés de la peur et / ou une communauté de destin ? Autrement dit, nos descendants seront-ils voués à construire des murs ou à lancer des ponts ?

En intitulant ce séminaire « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du 19<sup>ème</sup> au 21<sup>ème</sup> siècle » - « sécuritaires » en ce sens qu'elles fondent leur légitimité sur la dangerosité et non sur la culpabilité, leur efficacité sur la mesure de sûreté et non sur la punition - nous entendons inviter des historiens, des pénalistes, des sociologues, des philosophes ou des politologues à revisiter ensemble la doctrine pénale du 19<sup>ème</sup> au 21<sup>ème</sup> siècle et observer la façon dont s'entrecroisent et se légitiment réciproquement les doctrines et les pratiques.

Pour tenter ainsi d'éclairer les politiques qui se mettent en place en Europe et aux Etats-Unis, nous nous placerons dans une triple perspective : historique, contemporaine et prospective.

#### **La perspective historique : des doctrines aux pratiques**

Je rappellerai seulement qu'au 19<sup>ème</sup> siècle, la doctrine de l'Ecole positiviste fut élaborée en Italie, au nom du réalisme, en réponse aux échecs de la doctrine dite moderne, celle de l'école classique, née avec Beccaria.

Dans son *Anthropologie criminelle*, le médecin Lombroso en appelle à Darwin pour fonder, sur la continuité entre l'animal et l'homme, l'atavisme de certaines formes de criminalité<sup>1</sup> qui l'amène à penser que les criminels, restés en arrière dans l'évolution qui mène à l'homme, constituent une véritable race à part avec des stigmates précis, biologiques ou psychologiques, qui en constitueraient la marque indélébile.

Et le sociologue Enrico Ferri systématise l'opposition en critiquant les trois postulats qui fondent l'école classique. D'après ces postulats, « le criminel est pourvu d'idées et de sentiments comme tous les hommes, l'effet principal des peines est d'empêcher l'augmentation des crimes, l'homme possède le libre arbitre et, par cela seul, est moralement responsable de ses actes ».

Pour sortir de ce « cercle scolastique », Ferri réfute chacun de ces postulats : « l'homme criminel, par ses anomalies organiques et psychiques, héréditaires et acquises, est une variété spéciale du genre humain ; les crimes jaillissent, augmentent, diminuent et disparaissent pour toutes autres causes que les peines écrites dans les codes et appliquées par les juges ; le libre arbitre n'est qu'une illusion collective, démentie par la physio psychologie positive ».<sup>2</sup>

La défense de la société, impose donc d'exclure certains individus de l'humanité au nom d'une altérité radicale, d'une dichotomie absolue entre « les criminels » et « les honnêtes gens ». Ils n'appartiennent pas à la même humanité.

Cette doctrine de défense sociale, qui avait commencé à être appliquée au début du 20<sup>ème</sup> siècle non seulement dans l'Allemagne hitlérienne, mais aussi aux Etats-Unis, ou encore dans des pays comme la Belgique, semblait vouée à l'abandon dans le climat humaniste de l'après guerre : sa radicalité

---

<sup>1</sup> Cesare Lombroso, « Préface », *Anthropologie criminelle*, 1890, p. 7 sq.

<sup>2</sup> E. Ferri, « Introduction », in *Sociologie criminelle*, éd. 1923 (1893), p. 22.

même paraissait difficilement compatible avec l'idéal de la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 1).

Réaménagée par le mouvement de la « Défense sociale nouvelle », elle fut cependant intégrée à certains dispositifs législatifs (loi de 1964 sur les alcooliques dangereux), et même à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 5-1, e, autorisant la détention d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane, ou même d'un vagabond), mais sous une forme assouplie.

Or, depuis quelques années, de nouvelles mesures, prises notamment au nom de la lutte contre la récidive, ressemblent étrangement à un retour de la défense sociale dans sa forme la plus radicale. Bien qu'elles soient présentées comme à l'avant-garde du progrès, soutenues par une industrie de la surveillance en pleine expansion, et réactualisées par le développement des nouvelles technologies (interconnexion des banques de données et corrélation avec les identifiants biologiques), ces mesures semblent renouer avec la doctrine de l'école positiviste.

Ainsi, la loi du 25 février 2008 sur la rétention de sûreté, autonomisant la dangerosité par rapport à la culpabilité et séparant la mesure de sûreté de la peine, permet de maintenir un condamné en détention, après exécution de sa peine, pour une durée d'un an, renouvelable indéfiniment, sur le seul critère de sa dangerosité.

Certes, l'autorité judiciaire intervient mais le contrôle ne porte pas sur la preuve de la culpabilité mais sur un diagnostic de dangerosité et un pronostic de récidive, une simple probabilité qui, par son incertitude même, exclut la preuve contraire : alors que l'accusé présumé innocent bénéficie du doute, la dangerosité est nécessairement présumée (certains auteurs sur le modèle de la présomption d'innocence ont même tenté d'élaborer une « présomption d'innocuité », qui, transposée des produits aux êtres humains, est pourtant un non sens).

Comment en sommes-nous arrivés là ?

L'hypothèse du cours, suggérée par l'évolution convergente d'autres systèmes, tant en droit comparé qu'en droit européen et international, était celle d'un « effet 11 septembre ».

Les attentats du 11 septembre 2001 auraient en quelque sorte levé un tabou et libéré les responsables politiques, symboliquement et juridiquement, de l'obligation de respecter les limites propres à l'Etat de droit, déclenchant ainsi ce retour à des pratiques que l'on croyait révolues :

La rétention de sûreté française s'inspire de l'internement de sûreté allemand, mesure issue d'une loi de 1933, l'une des rares institutions de la période nazie qui n'avait pas été abrogée par les alliés. Elle était tombée en désuétude, même pendant la vague terroriste des années soixante-dix, et une loi de 1998 qui en annonçait déjà la renaissance, en supprimant la durée maximale de la mesure, sera seulement validée en 2004 par la Cour constitutionnelle allemande<sup>3</sup>.

Légitimées par de nouveaux habits nommés « droit pénal de l'ennemi » ou doctrine de « l'ennemi combattant illégal », les pratiques contemporaines appellent en tout cas une comparaison avec leurs ancêtres.

Certes, l'histoire ne se répète jamais à l'identique et il faut tenir compte de la mutation dans la perception des dangers, dès lors que dangerosité, passant du déterminisme au probabilisme (du criminel né au criminel potentiel, de l'ennemi héréditaire à l'ennemi planétaire) s'inscrit désormais dans le modèle évolutif d'une « société du risque », appelée, au nom du principe de précaution, à anticiper sur des dangers de plus en plus imprévisibles ?

Mais peut-on assimiler ainsi un principe qui étend la responsabilité en raison de dangers nés de la puissance technologique et d'une pratique d'enfermement de sûreté qui déresponsabilise le condamné et marque l'impuissance de la sanction principalement pénale ? (V. les travaux de Catherine Sévely-Fournié)

---

<sup>3</sup> Arrêts 5 et 10 février 2004.

Jean-Louis Halpérin, historien et juriste, professeur à l'École normale supérieure, introduira cette première session en présentant ce qu'il nomme « l'ambivalence, conceptuelle et contextuelle, des doctrines pénales modernes », dont la naissance remonte à l'œuvre de Beccaria. Puis, Carlos Petit, historien du droit, professeur à l'Université de Huelva, évoquera, à travers « Lombroso en Amérique », l'impact de l'école positiviste sur la doctrine américaine, et Bernard Harcourt, professeur à l'Université de Chicago, présentera « La genèse, et la critique, de la rationalité actuarielle aux Etats-Unis au 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles ». Enfin, le pénaliste Jean Danet, (Université de Nantes) s'interrogera sur la doctrine dite de la « Défense sociale nouvelle » qui a fortement influencé les pratiques pénales de l'après guerre.

La question qu'il pose est cruciale : comment cette doctrine et ses tenants, dont l'humanisme et l'attachement profond aux droits de l'homme ne fait doute, a-t-elle « aménagé » le discours de la défense sociale, prenant une certaine distance avec les positivistes du 19<sup>ème</sup> ? À quels risques au regard de ses valeurs et pour quel résultat ?

Cette question servira de transition à une deuxième session consacrée à la perspective contemporaine qui semble se déployer, à l'inverse, des pratiques à une doctrine qui viendrait les légitimer *a posteriori*.

### **La perspective contemporaine : des pratiques à une doctrine**

Geneviève Giudicelli-Delage évoquera ainsi, face à des pratiques qui tentent de construire un droit pénal de la dangerosité, cette nouvelle « doctrine pénale de l'ennemi », née en Allemagne, et qui défend l'idée que l'Etat ne pourra survivre que s'il accepte, au nom des exigences de la sécurité, la disparition des garanties pénales traditionnelles de procédure et de fond<sup>4</sup>.

Julien Cantegreil montrera comment, aux Etats-Unis, les pratiques post 11 septembre 2001 ont suscité, sous l'Administration Bush, la doctrine de l' « ennemi combattant illégal », doctrine constitutionnelle défendue dans sa forme radicale par certains conseillers et par certains juges. L'actuelle répudiation de cette doctrine par le Président Obama peine à se traduire dans des pratiques qui prolongent, en fait, le traitement dérogatoire de certains détenus (notamment dans le camp de Bagram en Afghanistan).

Laurent Mucchielli, sous le titre : « Identifier, contenir et mettre à l'écart », évoquera le retour du discours sécuritaire et de ses prétentions scientifiques. Un discours dont on peut craindre, écrivait-il en 2008, qu'il ne soit « ni neutre, ni objectif, ni fondé » car il « ne rend pas compte des éléments de statistique disponibles, dissimule tout ce qui ne 'colle pas' avec la démonstration souhaitée, s'empare de cas exceptionnels en les présentant comme des modèles généraux, et conduit au final à énoncer de telles déformations de la réalité qu'on peut parler dans certains cas de contrevérités induisant les citoyens en erreur »<sup>5</sup>.

Cette mutation dans l'élaboration des réponses juridiques, sous l'influence croissante des phénomènes d'internationalisation du droit, favorise les dérives. C'est ainsi qu'à l'instar du *money laundering* (blanchiment d'argent) qui consiste à dissimuler l'origine de fonds acquis de façon délictueuse en les recyclant dans des activités légales, le *policy laundering* utilise les institutions européennes pour contourner la résistance des parlements : qu'il s'agisse de multiplier les fichiers de police ou d'allonger la durée de rétention pour les étrangers en situation irrégulière, l'exécutif (les Etats, le Conseil européen) invoque volontiers « les impératifs américains » pour étouffer les critiques qui s'élèvent au Parlement européen, puis les « obligations européennes » pour inhiber celles des parlements nationaux.

Mais l'internationalisation du droit favorise aussi les résistances comme en atteste la montée en puissance du droit international des droits de l'homme. A l'anthropologie guerrière - qui scinde

---

<sup>4</sup> G. Jakobs « *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* », in *ZStW*, vol. 97, 1985 ; *RSC*, 2009, n°1.

<sup>5</sup> L. Mucchielli (dir.), *La frénésie sécuritaire, retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, 2008.

l'humanité en deux, opposant amis/ennemis ou criminels/honnêtes gens - est ainsi opposée une anthropologie humaniste fondée sur l'universalisme des droits de l'homme.

Dans la mesure où l'internationalisation du droit contribue à trouver des solutions, une table ronde « **prospective** » (Mireille Delmas-Marty, Christine Lazerges et Bernard Manin, auxquels se joindront les autres intervenants) tentera de répondre à la question « **comment sortir de l'impasse ?** ».

Enfin, la **conclusion** sera présentée par Robert Badinter qui fut Garde des Sceaux avant de devenir président du Conseil constitutionnel puis sénateur : son expérience et sa sagesse nous sont plus que jamais nécessaires.