

**Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle.**  
**Jean Danet<sup>1</sup>.**

« Il faut faire du doute une méthode,  
sinon du scepticisme un dogme »  
H. Donnedieu de Vabres,  
Préface à « Histoire de la folie »<sup>2</sup>

Rapprocher les politiques sécuritaires d'aujourd'hui et la politique criminelle de la défense sociale nouvelle ne va pas de soi tant l'humanisme de cette doctrine a été souligné, célébré, loué par tous. Ce n'est pourtant pas par goût de je-ne-sais-quelle provocation que ce rapprochement s'impose, mais pour répondre en partie à la question posée dans ce séminaire. La question explicite de savoir si les politiques sécuritaires du XXI<sup>ème</sup> siècle empruntent ou non à celles qui les ont précédées et notamment à la « *défense sociale nouvelle* », héritière du courant des années vingt dont elle reprit le nom programmatique. La question est aussi de savoir comment ces doctrines d'hier ont pensé la notion de dangerosité, le risque incertain comme le danger avéré, pour nous aider si possible à mieux déchiffrer notre présent et les usages qu'il fait de l'un et de l'autre. Mais, s'agissant de la *défense sociale nouvelle*, j'y vois aussi une question implicite. Comment cette doctrine et ses tenants, dont l'humanisme et l'attachement profond aux droits de l'homme ne fait aucun doute, pour personne, a-t-elle « aménagé » le discours de la défense sociale, lui-même posé en distance d'avec les positivistes du XIX<sup>ème</sup>, à quels risques au regard de ses valeurs, au prix de quels impensés et pour quel résultat ?<sup>3</sup>

Nous nous en tiendrons ici au courant français de la *défense sociale nouvelle* et à ses expressions diverses de 1950 à 1981<sup>4</sup>. Il n'est point besoin de reprendre l'analyse des origines doctrinales de ce mouvement, qui sont d'ailleurs explicitées longuement dans l'ouvrage qui lui tint lieu de manifeste<sup>5</sup>. Ni de répéter à quel point cette doctrine va marquer, sinon dominer, la scène française durant deux ou trois décennies. Il est plus utile à notre débat de relever d'emblée le contexte et notamment le contexte pénologique dans lequel les auteurs les plus importants de ce courant vont réfléchir. Ce qui frappe aujourd'hui, à la lecture de ces textes, car ce n'est pas sans faire écho à notre présent, c'est la critique certes mesurée mais très ferme de la pénalité de l'époque. Critique de la peine de mort de la part de nombre de ces auteurs d'abord<sup>6</sup>, critique de la relégation<sup>7</sup> ensuite, critique de l'atténuation de

---

<sup>1</sup> UMR CNRS 3128 Droit et changement social.

<sup>2</sup> H. Donnedieu de Vabres, préface à « Histoire de la folie » de Bruno Casinelli, Bocca frères éditeurs, Paris, 1939.

<sup>3</sup> Afin de ne pas allonger à l'extrême le texte de cette étude, nous avons reporté en notes les citations destinées à étayer notre propos. Mais afin d'éviter, si faire se peut, le reproche de trop solliciter quelques brèves citations, nous avons délibérément choisi d'y placer des extraits nombreux et parfois longs des textes sur lesquels se fonde notre analyse afin de permettre au lecteur de se faire une opinion sur celle-ci en connaissance de cause.

<sup>4</sup> Nous utiliserons principalement dans la présente communication les publications suivantes : Commission internationale pénale et pénitentiaire, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport par Marc Ancel, Melun, 1950 ; Marc Ancel, *Le procès pénal et l'examen scientifique des délinquants*, Melun, 1952 ; Marc Ancel, *La défense sociale nouvelle*, éd. Cujas, première édition 1954, deuxième édition 1966, troisième édition 1981 (les divergences entre les trois éditions seront signalées, sinon la référence indiquée sera celle de deuxième édition parue à l'apogée de l'influence du courant) ; Antonin Besson et Marc Ancel, *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, éd. Cujas, 1956 ; Antonin Besson (dir.) introduction de Marc Ancel et Jean Chazal, *Les enfants et les adolescents socialement inadaptés*, éd. Cujas 1958 ; Georges Levasseur (dir.), introduction Marc Ancel, *Les délinquants anormaux mentaux*, éd. Cujas, 1959 ; « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale », XII<sup>ème</sup> Journées de défense sociale, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1964, n<sup>o</sup>4, 721-799 pages ; Marc Ancel, et V.N. Koudriavtsev, *La planification des mesures de lutte contre la délinquance*, Pedone 1984.

<sup>5</sup> Marc Ancel, *La défense sociale nouvelle*, éd. Cujas, première édition 1954, pages 39-121, développements repris dans les éditions ultérieures.

<sup>6</sup> Même si avec une honnêteté intellectuelle totale, Marc Ancel signale que certains auteurs du courant se sont prononcés en faveur de la peine de mort tel en 1960, et en Suisse, M. Graven qui prit parti pour le rétablissement de la peine de mort, cf. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 1966, page 33, note 45. Lors des XII<sup>ème</sup> Journées de défense sociale, Jean Pinatel se prononce clairement en faveur de la disparition de « ce vestige du passé de nos législations », Rsc. 1964, page 767 et le Professeur Georges Levasseur rappelle en synthèse de cette confrontation :

« Et me direz-vous, et la peine de mort ? Car il est vrai que je n'ai pas parlé de la peine de mort dont il a pourtant été question lors de nos débats.

responsabilité et de la peine pour les anormaux mentaux, reprise de l'école positiviste et de la défense sociale<sup>8</sup>, critique de l'effet de la prison sur l'anormal<sup>9</sup>, critique générale de la multiplication des

---

*Personnellement, je pense que ce n'est pas elle qui divise les deux systèmes. Celui de la défense sociale s'accommoderait mieux de sa suppression comme M. Pinatel et M. Ancel l'ont montré. Toutefois, les sympathisants de ce système ne seraient pas tous d'avis de la supprimer (nous avons entendu hier sur ce point mon collègue Vouin). Du côté du droit pénal classique d'autre part, on n'a pas affirmé que son maintien paraissait indispensable ; ... »*

<sup>7</sup> Sans remonter plus loin, rappelons la critique qu'en faisait H. Donnedieu de Vabres : « *Comme toutes les peines injustement sévères, la relégation contribue à l'énerverment de la répression* » (H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel*, 1947, Sirey, page 314, n°542). Il rappelait que dès 1936, un projet de loi, déposé le 30 décembre 1936, par le gouvernement du Front populaire, remplaçait la relégation par un « *internement de sécurité* » qui devait se subir dans un établissement de la métropole. Les juges dit-il la contournent. « *En 1885 on estimait à 50 000 le nombre de délinquants d'habitude dont il fallait se débarrasser Or le nombre total des relégués de 1885 à 1935 ne dépasse guère 20 000. A l'origine, le nombre des individus relégués chaque année atteignait 900 ; il est descendu à 600 et même 300* ». En 1942, « *ayant égard aux circonstances nées de la guerre, qui interdisaient leur départ immédiat pour la colonie, une loi du 6 juillet 1942 a déterminé le régime pénitentiaire des relégués qui pour quelque cause que ce soit sont maintenus provisoirement en France* ». Ils sont internés dans un établissement spécial ou dans un quartier spécial d'établissement pénitentiaire. Au bout de trois ans, ils peuvent obtenir une libération conditionnelle et au bout de 20 ans la libération conditionnelle devient définitive. Avant, elle est révoquée. Jean Pinatel, en 1959, écrit à propos des anormaux mentaux que, depuis la Libération, l'observation des relégués a mis en évidence les liens entre précocité, récidive et anormalité, mais il ajoute : « *le problème n'est peut-être pas de traiter les relégués avec toutes les ressources de l'art médico-pénitentiaire, mais au contraire, d'appliquer les ressources de cet art en temps utile, c'est-à-dire avant que les anormaux mentaux ne deviennent des relégués* » (« *Les délinquants anormaux mentaux* », Cujas, 1959, page 50). Quelques années plus tard, il reprend la critique fonctionnelle de la relégation quand il écrit : « *Il est probable que les pionniers du droit pénal classique ont parfaitement perçu les insuffisances de l'intimidation. Et c'est pourquoi ils ont édifié sans doute, sous le nom de peines accessoires et complémentaires, un système très complet de mesures de sûreté qui devait difficilement se concilier par la suite en théorie avec le principe de rétribution. Mais cette contradiction n'a pas empêché le droit pénal classique de développer en pratique les mesures de sûreté au cours du XXe siècle. Ainsi, la transportation coloniale des travaux forcés devait entraîner l'exil perpétuel ou le doublage à la fin de l'expiration de la peine principale. Et cette tendance s'est trouvée confirmée lorsque le droit pénal classique a intégré dans ses institutions la relégation des récidivistes, nouvelle mesure de sûreté perpétuelle, sœur jumelle de celle déjà appliquée à certains condamnés aux travaux forcés. Cette politique d'élimination coloniale, complétée d'ailleurs par le sursis destiné à éviter la multiplication des courtes peines d'emprisonnement, s'est avérée efficace. La diminution à la fin du XIXe siècle de l'effectif des maisons centrales en porte témoignage. Mais comme après la dernière guerre mondiale la transportation coloniale n'a pu être reprise, il a bien fallu constater que l'élimination ne pouvait plus venir au secours de l'intimidation défaillante. Dès lors, sous la pression des circonstances, la politique criminelle n'a plus eu d'autre perspective que celle de l'organisation rationnelle du traitement des délinquants.* » (J. Pinatel, « *Le point de vue du criminologue et pénologique* », in « *Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale nouvelle* », Rsc. 1964 page 763). Rappelons que la relégation fit l'objet d'une réforme en 1954 (loi du 3 juillet) qui la rendit facultative puis qu'elle fut supprimée par une loi du 17 juillet 1970 instituant la tutelle pénale des multirécidivistes d'une durée de dix ans à compter de l'expiration de la peine mais facultative. Elle pouvait s'exécuter soit dans un établissement pénitentiaire soit sous le régime de la libération conditionnelle ; elle fut supprimée par la loi du 2 février 1981. Voir sur ce point P. Poncela, « *Droit de la peine* », PUF, 1995, page 99.

<sup>8</sup> Voir la reprise de cette critique par M. Ancel in « *Les délinquants anormaux mentaux* », page XV : « *Du point de vue judiciaire, et surtout du point de vue de la politique criminelle, on observe que ce système de la responsabilité atténuée aboutit à laisser la Société sans défense contre ceux qui précisément la menacent le plus* ». Dans le même ouvrage, les psychiatres poursuivent plus avant la critique au travers des conséquences récentes de ce « système » : « *La responsabilité partielle, traduite en « responsabilité atténuée », devait avoir pour corollaire une atténuation, une diminution de la peine. Mais l'on arrivait ainsi à ce paradoxe de remettre plus tôt dans le circuit social des individus reconnus cependant comme particulièrement dangereux. Avec le système des atténuations étagées, plus le sujet était dangereux, moins la Société, dans la mesure où la dangerosité devenait prétexte à atténuation, était protégée contre son activité désordonnée. Par réaction, nombre de psychiatres, soucieux de ne pas voir des conclusions en atténuation aller, par une sorte de déviation de la notion, à l'encontre de l'intérêt bien compris de la Défense sociale, en sont venus à raidir leur attitude. On refuse le bénéfice de l'atténuation à des sujets qui se présentent comme des déséquilibrés. On aboutit à cette fiction d'admettre le déséquilibre, et de le considérer comme compatible avec une pleine responsabilité.* » (R. Vullien et J. Dublineau, « *Considérations psychiatriques sur l'avant projet de loi de Défense sociale* », in « *Les délinquants anormaux mentaux* », Cujas, 1959, page 54).

<sup>9</sup> G. Levasseur en expose clairement les termes : « *Pris de doute sur l'intégrité des facultés mentales du prévenu, le juge recourt à une expertise ; le plus souvent l'expert constate certains troubles, écarte la démence de l'article 64, et conclut à une certaine atténuation de la responsabilité. Le juge, même s'il n'emploie pas la « mathématique déplorable » que l'on a dénoncée, n'a d'autre ressource (en droit et en équité) que de modérer la peine. D'où ces courtes peines d'emprisonnement qui interviennent à l'encontre d'anormaux mentaux auteurs d'agissements cependant graves. On a souligné depuis longtemps, de tous côtés, l'absurdité d'une telle politique répressive. Les médecins ont fait valoir que l'état mental de l'anormal ne pouvait qu'être aggravé par cette incarcération... Devant les résultats déplorables de cette technique, la pratique médico-légale a réagi parfois en adoptant une conception très large de la démence...mais tous les experts ne partageaient pas ce sentiment et là se trouvent sans doute la raison essentielle de ces graves divergences entre psychiatres qui s'étaient souvent à l'audience de la Cour d'assises et nuisent gravement au prestige de la science aussi bien qu'à celui de la justice* ». G. Levasseur « *La défense sociale nouvelle appelée à combler la lacune la plus importante du Droit pénal Français moderne* » in « *Les délinquants anormaux mentaux* », op. cit. page 5.

courtes peines d'emprisonnement<sup>10</sup>. Au-delà de ces critiques partielles, la *Défense sociale nouvelle* articule une proposition générale sur le sens de la peine et sa fonction. Elle mène la critique d'une peine qui se limiterait à une fonction rétributive et réaffirme l'objectif de défense de la société<sup>11</sup>.

Dès le début des années cinquante, face à cette crise moderne du droit pénal que H. Donnedieu de Vabres n'avait pas dissimulé lorsqu'il avait mené l'analyse critique de la politique criminelle des Etats autoritaires, le courant se donne en tout cas pour objectif pragmatique, de « *substituer, pour certaines catégories de délinquants les mesures de défense sociale aux pénalités anciennes* »<sup>12</sup>. Et il faut bien comprendre que c'est sur fond d'échec de la pénalité classique que cette substitution s'est construite. Jean Pinatel dira en 1959, au détour d'une analyse de ce qu'il appelle l'art médico-pénitentiaire, quelle est la recherche globale du courant lorsqu'il écrit : « *Mais quelle différence discerne-t-on alors entre ce traitement médico-pénitentiaire et le traitement des délinquants ordinaires ? Il n'y aura, en fait, aucune différence de nature, mais la direction médicale sera plus effective. Dans le traitement de sujets dont l'anormalité n'aura pas été constatée, ce sera une direction sociale ou éducative qui prédominera. Au fond, le traitement des délinquants est médico-socio-éducatif ; il exige toujours qu'une équipe le mette en œuvre ; mais, selon les cas, ce sera le médecin, l'assistante sociale ou l'éducateur qui jouera le rôle principal.* »<sup>13</sup>.

A partir de là, l'exploration d'une nouvelle politique criminelle menée par la Défense sociale nouvelle est pensée comme fondée sur un « *humanisme scientifique* »<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> M. Ancel reprend ici la critique faite par A. Prins : « *En pratique [la théorie de la responsabilité morale] aboutit à multiplier les courtes peines d'emprisonnement et à faire une place sans cesse grandissante à la notion de responsabilité atténuée, qui laisse la Société sans défense contre les criminels dangereux. Ainsi, la loi pénale et la justice criminelle fondées sur la responsabilité morale n'assurent pas la protection efficace de la communauté sociale. Mais le régime pénitentiaire classique, inspiré des mêmes idées ne le protège pas davantage ; car l'isolement cellulaire et l'action prétendument thérapeutique de la prison traditionnelle ont fait faillite : l'augmentation considérable des chiffres de la récidive à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle suffirait à le démontrer* » (*La défense sociale nouvelle*, éd. 1966, page 93). En 1964, G. Heuyer, psychiatre, constate d'ailleurs sur ce point la convergence de vues entre tenants de la défense sociale nouvelle et du droit pénal classique. Il écrit : « *Dans le même esprit de défense sociale, les criminologues, juristes et psychiatres de la Société des prisons et de législation criminelle, ont constaté que les courtes peines d'emprisonnement pour les primo-délinquants sont des facteurs de criminogénèse et de récidive. Ils ont examiné les problèmes des diverses mesures, jour-amende, exécution de la peine sous forme d'arrêt à domicile. Ces mesures étudiées, formulées avec précision, sont restées à l'état de vœux pieux.* » (« *Le point de vue de la médecine psychiatrique* » in « *Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale nouvelle* », Rsc. 1964 page 748.

<sup>11</sup> Marc Ancel écrit à ce sujet : « *La justice humaine a donc pour mission, non pas de rechercher la dose de peine qui, dans l'absolu, pourrait compenser une faute appréciée en soi ou serait censée rétablir le droit, mais de déterminer la sanction efficace qui permette aussi bien de redresser, et plus tard de réhabiliter si possible le délinquant, que de protéger la Société* »... « *Elle [la Défense sociale nouvelle] ne considère pas que tout est dit lorsque le juge a appliqué ce texte à une infraction légalement qualifiée telle. Elle n'estime pas enfin que tout est terminé à l'égard du délinquant lorsque, les voies de recours étant épuisées, la procédure ayant été régulièrement suivie et la sanction correctement appliquée, le délinquant condamné a exécuté sa peine et, suivant la vieille formule, « payé sa dette ». Le problème du crime, problème humain et problème social, ne se laisse pas si facilement enserrer dans le cadre d'une réglementation légale. Nous ne prétendons pas pour autant que le juge pénal ne doit pas statuer selon la loi ou puisse refuser d'appliquer la sanction légale. La défense sociale affirme au contraire - nous y reviendrons - que c'est là pour lui une tâche essentielle, mais elle conteste que le problème social et humain du crime concret puisse être entièrement résolu par le seul jeu, dans l'abstrait, de cette justice distributive ; et elle accuse la doctrine néo-classique d'avoir délibérément ignoré cet aspect essentiel et inévitable du problème.* » « *La défense sociale nouvelle* », op. cit. pages 202-203.

<sup>12</sup> Marc Ancel, in Commission internationale pénale et pénitentiaire, « *Les mesures de sûreté en matière criminelle* », Rapport par Marc Ancel, Melun, 1950, page 44.

<sup>13</sup> Jean Pinatel, « *Les délinquants anormaux mentaux* » op. cit. page 51.

<sup>14</sup> La formule est employée par exemple par Jean Pinatel : « *Il n'est pas possible au droit pénal classique de se replier sur lui-même, car la prise en considération des sciences de l'homme et de la criminologie en pénologie est un fait historiquement acquis. La défense sociale nouvelle a pris acte de ce fait historique et précipité de la sorte la prise de conscience par les juristes classiques d'une évolution déjà largement réalisée dans les faits. Cette évolution est complexifiante : elle permet de faire accéder le droit pénal à un stade supérieur d'humanisme scientifique. Loin d'exclure les valeurs morales, elle les implique nécessairement. En particulier, la perfectibilité de la nature humaine est prise en considération à la fois par la criminologie et la défense sociale nouvelle.* » « *Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale nouvelle* », Rsc. op. cit. page 771. Citons aussi Marc Ancel : « *Ainsi dans le climat particulier de l'après-guerre, par delà les excès inhumains qui venaient de déshonorer ce siècle, les hommes de science de tous les pays qui se sentaient en même temps des hommes de bonne volonté s'efforçaient de retrouver la grande tradition humaniste et de repenser, dans un esprit nouveau, le problème criminel, envisagé comme un problème social.* » (« *La défense sociale nouvelle* », 1966 op. cit. page 114, Dans « *La défense sociale nouvelle* », Marc Ancel évoque aussi l'« *humanisme judiciaire* » qui doit caractériser la démarche de son courant.

Comment la doctrine de la *Défense sociale nouvelle* a-t-elle exploré cette voie ? Avec quels outils ?

Il est essentiel à notre sens de souligner le rôle du droit comparé dans cette recherche. Dès 1950, c'est pour la Commission internationale pénale et pénitentiaire de l'ONU que Marc Ancel réalise une étude de droit positif sur la question qui sera centrale pour le courant de la *défense sociale nouvelle*, celle des mesures de sûreté<sup>15</sup>. En 1959, dans son introduction comparative, à l'ouvrage collectif sur les délinquants anormaux mentaux, qui se termine par un avant-projet de loi sur lequel nous reviendrons, il souligne que le dernier stade de l'évolution des législations modernes en ce domaine est celui de l'application des mesures de sûreté aux délinquants anormaux mentaux et aux multirécidivistes et qu'il s'agit « *d'un mouvement législatif général* » et qu'il « *est significatif par son caractère même d'universalité* »<sup>16</sup>. Sans méconnaître le poids des cultures sociopolitiques et juridiques sur les politiques criminelles, sans être naïf non plus sur les enjeux géopolitiques de la concurrence entre les systèmes juridiques<sup>17</sup>, l'argument comparatiste est souvent repris à l'appui de la démonstration. L'historique des mesures de défense sociale met en avant par exemple, l'apparition, dès 1926 aux États-Unis, de l'internement à vie pour les délinquants sexuels<sup>18</sup>, et dès 1950, la question des mesures de sûreté *ante delictum* est posée comme une évolution, « *une tendance assez générale des législations modernes à admettre des mesures de sûreté préventives, avant tout délit proprement dit, pour certaines catégories particulières d'individus* »<sup>19</sup>. C'est, de même, le droit comparé qui inspirera largement une réflexion très anticipatrice sur l'articulation entre administration et justice et l'inflexion du rôle du juge<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Commission internationale pénale et pénitentiaire, « *Les mesures de sûreté en matière criminelle* », Rapport par Marc Ancel, Melun, 1950, 258 pages.

<sup>16</sup> M. Ancel, « *Les délinquants anormaux mentaux* », Page XXI.

<sup>17</sup> « *La seconde conclusion réside dans ce qu'on pourrait appeler le paradoxe de la défense sociale. La doctrine, en tant que telle, apparaît comme un produit naturel du système romano-continental ; car elle suppose à la base un régime de droit où légalité et individualisation, responsabilité et périculosité, peine et mesure de sûreté et jusqu'à la notion de politique criminelle elle-même sont d'abord analysées, confrontées et structurées en fonction de la science pénale par les juristes ; d'où le contre-courant inévitable du néo-classicisme traditionnel. Malgré ces contre-courants, c'est dans ce système que la défense sociale trouve ses expressions successives et jusqu'à son vocabulaire propre ; mais il faudra ce qu'on pourrait appeler le néo-humanisme nordique pour lui donner enfin toute sa force.*

*Curieusement, les pays qui se prétendent libérés du système traditionnel, que ce soient les Démocraties populaires ou les nations nouvellement émancipées, cherchent presque d'instinct, dès qu'elles se stabilisent, à revenir à certaines formes néo-classiques rassurantes et redoutent, dans la politique criminelle de défense sociale, ce personnalisme humaniste qui pose des limites naturelles à l'emprise étatique comme à l'action dirigiste. Seule sans doute la philosophie profonde de l'islam, et demain peut-être celle de l'Inde, permettront aux pays du Tiers-monde de promouvoir à leur tour une politique criminelle de défense sociale, encore que celle-ci ait trouvé sa première origine dans l'Europe chrétienne.*

*Enfin, le système longtemps considéré comme le seul rival du système romaniste, le système de Common Law, est, à première apparence, le plus éloigné de telles préoccupations doctrinales, autant par sa continuité historique et le particularisme de ses méthodes que par sa technique juridique naturellement fermée aux catégories de la Politique criminelle comme à celles du dogmatisme continental. Cependant, avant même que le vocabulaire de la défense sociale ne reçoive droit de cité chez les criminalistes anglo-américains, ... le développement d'une Criminologie orientée vers les données de la vie sociale, le souci de l'efficacité pratique de la loi et de la réalité judiciaire... prédisposaient les pays de Common Law à s'imprégner de l'esprit de la défense sociale et à en réaliser les revendications essentielles. » M. Ancel, « *La défense sociale nouvelle* » 2<sup>éd.</sup> page 190, l'ensemble du passage est maintenu dans la troisième édition de 1981 à ceci près que le Japon y est mentionné aux côtés de l'Inde.*

<sup>18</sup> « *Aux États-Unis d'Amérique, sans que bien entendu le législateur parle de mesures de sûreté et c'est ainsi que s'est développée, à la suite du Baumes Act promulgué à New-York en 1926, toute une série de lois américaines prévoyant un internement à vie des délinquants d'habitude après un certain nombre de condamnations, avant qu'à la veille de la dernière guerre un nouveau mouvement législatif analogue ne vienne instituer l'internement des délinquants sexuels psychopathes, tour à tour adopté en Californie, en Illinois, au Michigan, au Minnesota, puis dans un certain nombre d'autres États encore.* » M. Ancel, op. cit. page 105.

<sup>19</sup> M. Ancel, in CIPP, « *Les mesures de sûreté en matière criminelle* » op. cit. page 20. L'auteur ajoute : « *Il est clair que cette solution a toujours été admise par la force même des choses pour l'internement des aliénés* ». Il recense ensuite les législations qui acceptent l'idée de mesures ante delictum, la loi danoise de 1920 pour les sans profession et les prostituées, la loi espagnole de 1933 sur vagabonds, et le code cubain de défense sociale de 1936.

<sup>20</sup> Cf. M. Ancel, in CIPP, « *Les mesures de sûreté en matière criminelle* » op. cit. page 24-25, ce texte qui a lui seul mériterait un long commentaire tant il anticipe bien certaines des évolutions de la justice de la fin du XX<sup>e</sup> siècle !

« *De toute façon, la complexité de la machine étatique moderne conduit à une collaboration accrue des services administratifs et de l'autorité judiciaire... Cette tendance législative conduit logiquement à faire échapper en fin de compte le prononcé de la*

La dimension volontiers internationale et universaliste du courant se marque encore avec la place centrale donnée à la notion de « traitement » destinée à se substituer à la notion de peine et par son rattachement, souligné avec insistance, à la pensée des Nations-Unies<sup>21</sup>.

L'héritage de la *défense sociale*, la pensée de Prins sont assumés jusque dans le nom choisi par Ancel pour le courant doctrinal qu'il anime<sup>22</sup> en même temps que le droit comparé fournit, quant bien même il serait aussi la traduction législative de cet héritage, une source extérieure d'inspiration et de légitimation de certaines des propositions de la *défense sociale nouvelle*.

Enfin, le courant de la *défense sociale nouvelle* ne se comprend qu'au travers de l'alliance entre juristes et psychiatres. Car bien moins que d'une pluridisciplinarité, qui inclurait aussi par exemple la sociologie, la défense sociale nouvelle va mener sa réflexion, construire ses propositions à partir

---

*mesure à l'autorité judiciaire elle-même. Tel est en définitive, le système adopté dans les pays scandinaves, en ce qui concerne les jeunes délinquants, par l'institution de conseils de protection de l'enfance. Le développement aux États-Unis, des services de Probation, constitue un autre exemple des services administratifs extrajudiciaires s'occupant d'une mesure de défense sociale. Cette évolution générale aboutit à quelques conséquences importantes. Sur le plan législatif, on assiste à un mouvement curieusement contradictoire. On voit en effet, réclamer aujourd'hui l'intervention judiciaire dans des cas qui autrefois étaient traditionnellement réservés à l'administration, et, par exemple, en ce qui concerne l'internement des aliénés ou l'expulsion des étrangers. Mais à l'inverse, pour les mineurs, d'une part, et pour des catégories de plus en plus nombreuses de délinquants d'autre part, on réclame aujourd'hui assez couramment, l'intervention de services administratifs spécialisés dans le domaine réservé jusque là à l'action judiciaire. Sur le plan judiciaire, on assiste en même temps à une transformation progressive du rôle du juge. Le juge de l'époque classique ou celui du droit pénal libéral était chargé d'appliquer strictement une règle légale impérative et préexistante... Les lois modernes au contraire, réagissant à la fois contre l'automatisme et contre ce qu'on pourrait appeler le « juridicisme » du système, il en résulte une tendance qui porte à augmenter largement les pouvoirs du juge et sa marge de discrétion. En règle générale, la mesure de sûreté est toujours facultative pour le juge. ... Une dernière conséquence des réformes modernes qui viennent d'être rappelées réside dans la nécessité pour le juge, de prendre en considération désormais des éléments d'appréciation extra-juridiques. Pour l'application des mesures de sûreté aux récidivistes, les lois nouvelles prescrivent au magistrat de tenir compte expressément d'éléments tels que la témébilite que vise expressément le code pénal norvégien de 1902, le caractère de délinquant habituel ou professionnel du prévenu, dont la législation du Danemark, de la Pologne ou de l'Allemagne fait mention, de la tendance persistante au crime, notion que l'on retrouve à la fois en Italie, en Espagne et en Suisse. »*

<sup>21</sup>Citons M. Ancel, « Introduction comparative », « Les délinquants anormaux mentaux » 1959, op. cit. page XXII : « Le mouvement de Défense sociale moderne, qui se préoccupe d'abord du problème des anormaux, est bientôt renforcé, et dans une certaine mesure légitimé, par l'action des Nations Unies ; mais celles-ci lui donnent alors une physionomie, et même un contenu plus spécifiques en l'orientant – selon une formule qui fait fortune – vers la prévention du crime et le traitement des délinquants (en italique dans le texte) ; Dès 1950, (in CIPP, op. cit. pages 31) il souligne : « La mesure de sûreté consiste essentiellement, en effet, non dans l'exécution d'une peine, mais dans l'application d'un traitement pénitentiaire » et Marc Ancel de citer ici en note Thorsten Sellin (« Trends in penal treatment (Have we overdone punishment ? »), Rec. de doc. en mat. Pénale et pénit. 1948, pp. 285 et ss.) qui participait aux délibérations de la Sous-commission spéciale de la CIPP et semble être pour Ancel la référence sur la notion de traitement. Il lui adresse, en 1952, un tiré à part qu'il a fait « imprimer spécialement à son attention, d'une étude titrée : « Le procès pénal et l'examen scientifique des délinquants ». De sorte que l'origine américaine de la notion de traitement telle que reprise par la *défense sociale nouvelle* semble, sous réserve de recherches plus précises, assez nette. La notion de traitement est certes floue et Ancel dès 1950 reconnaît que si dans un premier temps elle a signifié adoption du régime progressif, celui-ci, pour être la règle dans différents pays qu'il cite, n'en soulève pas moins « de sérieuses difficultés » quant à « son application aux récidivistes » (ibid. page 31). Il ajoute : « Il serait aisé de montrer que sur le terrain pénitentiaire général, une désaffection se produit à l'heure actuelle à l'égard de cette progressivité qui avait paru le plus grande idée pénitentiaire du XXe siècle ». Mais il ajoute aussitôt que d'autres techniques sont à l'essai : camps de travail, établissements ouverts, thérapeutiques de groupe, etc. Dans la même veine, de la référence aux Nations-Unies, signalons qu'en introduction de l'ouvrage « Les délinquants anormaux mentaux », en 1959, M. Ancel ne manque pas de signaler en note sur les sentences indéterminées et leur application éventuelle aux délinquants anormaux, l'ouvrage publié en 1953 par les Nations Unies, « *La sentence indéterminée* ».

Dans « *La défense sociale nouvelle* » éd. 1966, page 229 ( nous croyons devoir souligner que le passage est repris dans les trois éditions) M. Ancel insiste même sur cette notion de traitement comme différenciant la défense sociale nouvelle de l'ancien courant : « Ainsi l'histoire des idées nous met-elle en présence de deux conceptions principales, fondamentalement différentes, de la notion de « défense sociale » : a) la conception ancienne encore défendue par beaucoup, qui la limite à la protection de la Société par la répression du crime ; et b) la conception moderne, qui trouve son expression dans l'excellente formule adoptée par les Nations Unies lors de la création en 1948 de leur Section de Défense sociale : la prévention du crime et le traitement des délinquants. Prévention et traitement, ce sont pourrait-on dire les deux dimensions qui manquaient à la conception traditionnelle ».

<sup>22</sup> « Le mérite de Prins est sur le plan moral, de ne pas tomber dans les excès de l'élimination brutale et de se souvenir que celui que Tarde appelle – déjà ! – un être antisocial est, et reste un homme. Prins a également le mérite, éminent pour l'époque de chercher, sur le plan scientifique, à incorporer la mesure de ségrégation ou de neutralisation dans un système pénal d'ensemble et dans une politique criminelle raisonnée. » M. Ancel, « *La défense sociale nouvelle* » éd. 1966, page 99. Nous verrons (cf. infra) que sur ce point, mais sans en tirer les mêmes conclusions, Foucault et Ancel sont parfaitement d'accord.

d'échanges menés entre juristes et psychiatres, praticiens notamment, praticiens de la justice pénale et de l'administration pénitentiaire. La « *loyale collaboration* » de la psychiatrie et du droit<sup>23</sup> est posée comme un succès, un dépassement des incompréhensions d'hier, un gage de pragmatisme.

Il nous semblait à tort ou à raison, qu'il était nécessaire de rappeler ce contexte dans lequel le courant va travailler avant de nous pencher sur ses productions en rapport avec la question de la dangerosité (I), ses impensés et les causes de son demi-échec (II).

### **I Sur quelques « productions » de la *défense sociale nouvelle*.**

Dés 1950, l'étude de « *pur* » droit positif comme la décrit Ancel, débouche sur un programme. Il n'est peut-être jamais si bien posé qu'en ces termes : « *La mesure de sûreté apparaît donc en législation au fur et à mesure que sont reconnus et isolés certains groupes spéciaux de délinquants : délinquants d'habitude, psychopathes, mineurs, buveurs et intoxiqués, déréglés sexuels, et bien d'autres catégories encore que la science criminelle moderne s'est donnée pour tâche d'isoler et de définir. Le problème consiste alors à passer de l'automatisme légal de la peine comminée au traitement social du groupe envisagé. Partie de cette base, la législation des mesures de sûreté s'organise en vue de son double but qui tend d'une part, à la rééducation du délinquant, et d'autre part, à la protection de la Société. Elle cherche donc à constituer moins une législation pénale qu'une législation sociale et l'on pourrait même dire qu'elle est doublement sociale dans son point de départ : le délinquant, et dans son but ultime : la communauté de citoyens qu'il s'agit de protéger efficacement* »<sup>24</sup>.

Si la raison classificatoire qui est à l'œuvre ici n'est certes pas inconnue des juristes, ce sont en tout cas les psychiatres et ceux qui se revendiquent criminologues qui vont la décliner selon leur approche, leur épistémè. Et c'est ce qui impose au juge de tenir compte « *d'éléments d'appréciation extra-juridiques* »<sup>25</sup>.

Nous allons ici nous arrêter sur l'un des projets les plus aboutis du courant de la *défense sociale nouvelle* mais dont il n'est pas certain qu'il soit le plus connu. Il s'agit de « *l'avant projet de loi concernant les délinquants anormaux* » publié en annexe de l'ouvrage collectif sous la direction du Professeur Georges Levasseur, avec l'introduction comparative de M. Ancel en 1959. Disons-le d'emblée, ce texte devrait intéresser davantage le juriste français depuis la loi du 25 février 2008.

L'avant-projet comportait 86 articles, définissait l'aliéné<sup>26</sup> et l'anormal<sup>27</sup>. Il visait les majeurs de dix-huit ans, auteurs et complices de crimes ou de délits punis d'emprisonnement à l'exception des infractions politiques ou de presse. Après avoir organisé le « *dépistage* », l'expertise mentale et l'observation des publics en cause, (articles 6 à 28), ce texte édictait des mesures de *défense sociale* applicables aux délinquants aliénés et anormaux. L'aliéné, auteur d'un crime ou d'un délit, était soumis à l'internement de *défense sociale*, mesure curative de placement dans un hôpital psychiatrique. Prononcée par une juridiction à raison de la nocivité particulière du délinquant, la

---

<sup>23</sup> M. Ancel, « *Les délinquants anormaux mentaux* » page XVI : « *De là des controverses souvent stériles et des oppositions à base d'incompréhensions réciproques entre juristes et médecins, avant qu'à la dernière époque enfin, renouant la tradition du mouvement de prophylaxie criminelle, interrompu par la guerre, et grâce au courant d'idées de la Défense sociale nouvelle, à ces contradictions d'hier on voit enfin succéder une indispensable coopération des juristes et des criminologues, et une loyale collaboration médico-judiciaire.* » L'auteur ajoute en note : « *Cette collaboration des médecins et des juristes dans l'esprit de la Défense sociale s'est manifestée avec éclat au colloque organisé à Copenhague en avril-mai 1958 par l'organisation mondiale de la santé sur le traitement psychiatrique des délinquants* ». La référence internationale est ici de nouveau source de légitimation du courant et de son approche.

<sup>24</sup> Commission internationale pénale et pénitentiaire, « *Les mesures de sûreté en matière criminelle* », Rapport par Marc Ancel, Melun, 1950, page 52.

<sup>25</sup> Cf. note 20 supra.

<sup>26</sup> Article 1. *Est dit « aliéné » au sens de la présente loi tout individu qui, par suite d'un état psycho-pathologique dû à une maladie mentale ou à un développement mental incomplet, est totalement incapable d'apprécier le caractère délictueux de ses actes ou de se déterminer d'après cette appréciation.*

<sup>27</sup> Article 2 *Est dit « anormal » au sens de la présente loi tout individu qui, par suite de troubles psychiques ou de déficiences mentales durables altérant ses fonctions supérieures de contrôle n'est pas pleinement capable d'apprécier le caractère délictueux de ses actes ou de se déterminer d'après cette appréciation.*

mesure d'internement était exécutée dans un hôpital spécifique mais sous le régime des hôpitaux ordinaires. Le délinquant anormal, lui, faisait l'objet d'un placement dans un établissement de défense sociale où il était soumis à un traitement médico-répressif tendant à l'amélioration de son état mental, à sa rééducation morale et à sa réadaptation sociale. La durée minimale en était de six mois et maximale de dix ans mais renouvelable (article 66) lorsque le détenu « *n'est pas suffisamment réadapté aux conditions de la vie en société et que la persistance de son état rend probable dans l'immédiat la perpétration d'infractions graves.* » Cette mesure pouvait être décidée par la juridiction d'instruction et se substituait donc à la peine. Le contrôle et l'exécution de ces mesures de défense sociale étaient de la compétence des tribunaux correctionnels et d'un juge de l'exécution après avis d'une commission consultative composée du directeur de l'établissement où se trouvent l'aliéné ou l'anormal et des membres des services médical, rééducatif et social en contact avec le détenu ou l'interné. Telle était l'économie de cet avant-projet de loi préparé entre 1954<sup>28</sup> et 1959, et inspiré notamment de la loi belge de défense sociale de 1930.

L'ouvrage permet de saisir les raisons de chacun des choix techniques effectués par le groupe et de comprendre les points qui avaient fait débat voire dissensus. Le titre donné par le Professeur G. Levasseur au chapitre qu'il signe ne laisse aucun doute sur l'importance accordée au sujet par le courant de la *Défense sociale nouvelle* : il s'agit de la « lacune la plus importante du droit pénal français »<sup>29</sup> et M. Ancel termine son introduction par la même remarque. Il est vrai que sous la catégorie de « délinquants anormaux », Jean Pinatel donnait à voir bien autre chose aux juristes : la catégorie de délinquants d'habitude qui selon lui la recouvrait très largement<sup>30</sup>. L'enjeu pouvait alors paraître à tous comme décisif. Le traitement des anormaux dans ces établissements de Défense sociale, définis comme « hybrides » par les psychiatres Vullien et Dublineau<sup>31</sup>, sera, et ce point est souligné, un « traitement médico-répressif »<sup>32</sup>. La lettre et l'esprit du texte tel qu'exposé par ses auteurs ne laisse aucun doute : les anormaux, déclarés responsables, pouvaient être placés dans des établissements de Défense sociale dont la nature pénitentiaire n'était nullement masquée<sup>33</sup> pour une durée certes limitée à dix ans mais renouvelable tant qu'ils ne seraient pas suffisamment réadaptés aux conditions de la vie en société et que la persistance de leur état rendrait probable dans l'immédiat la perpétration d'infractions graves. Autant dire en raison de leur dangerosité.

---

<sup>28</sup> M. Ancel précise que la question avait fait l'objet de travaux dans le cadre de commissions officieuses créées par l'administration pénitentiaire après la Libération, qu'une « Commission de Lille » avait élaboré en 1948 un projet soumis à une sorte de référendum auprès de 200 magistrats (Cf. Rsc. 1948 pp. 594, 803 ; 1949 pp. 123, 405, 607, 1950, pp.82, 462), et que la question avait encore fourni le sujet des deuxièmes journées de défense sociale en 1954, (Rsc. 1954 p. 809).

<sup>29</sup> Cf. titre complet note 9 supra.

<sup>30</sup> J. Pinatel, « *Anormalité mentale et criminalité (Données et perspectives criminologiques)*, in « Les délinquants anormaux mentaux », op. cit. pages 49 : « *Les choses étant ce qu'elles sont, les criminologues ne peuvent que constater que les délinquants d'habitude relèvent pour la plupart de l'anormalité mentale. Il est fréquent d'ailleurs de voir des sujets qui vont successivement de la prison à l'hôpital psychiatrique et inversement.* » J. Pinatel justifie ici au plan criminologique par cette affirmation du recouvrement des deux catégories le rapprochement que s'autorisait la doctrine sous la catégorie d'état dangereux des délinquants anormaux mentaux et des délinquants d'habitude.

Henri Donnedieu de Vabres (Traité de droit criminel, 1947, Sirey page 424, n°741), évoquait ensemble les délinquants d'habitude et les fous moraux c'est-à-dire « *les individus qui ne semblent atteints d'aucune maladie de l'intelligence ou de la volonté mais chez qui le sens moral est congénitalement absent* ». C'est très clairement sous la notion d'état dangereux qu'il réunissait ces deux catégories à la fois : « *C'est à l'égard des malfaiteurs appartenant à ces catégories que la nécessité d'un traitement spécial s'est manifesté avec le plus d'évidence. C'est vis-à-vis d'eux que la mesure de sûreté offre son maximum d'utilité. Chez eux, en effet, se réalise, au plus haut degré, l'état dangereux qui en est le fondement juridique.* »

<sup>31</sup> « *Considérations psychiatriques sur l'avant projet de loi de Défense sociale* », Ibid., pages 53 et ss.

<sup>32</sup> On citera ici certaines précisions nécessaires à la compréhension de la notion : « *Le fait psychiatrique doit s'insérer entre la formule de la prison et les formules de surveillance libre. D'où l'importance du concept « médico-répressif », étant entendu que la médecine n'est pas ici au service de la répression. Mais elle s'efface, dans les conditions techniques actuelles, en face de certains cas et pour un temps donné, tout en restant présente au service du détenu. Elle utilise au besoin les mécanismes réactionnels que la prison a suscités. Seules variera, selon les catégories de sujets, et (répétons-le) leurs moments évolutifs, la proportion respective des facteurs médical et répressif, tous deux envisagés dans un cadre pénitentiaire... Les établissements de Défense sociale seront donc des établissements hybrides. D'un côté, ils ne pourront pas échapper au caractère pénitentiaire : la discipline y sera certes, bienveillante, mais tout de même stricte, et même d'autant plus stricte qu'elle s'adressera à des sujets anormaux.* »

<sup>33</sup> L'avocat général Germain évoquant l'atmosphère générale de l'établissement à venir, indique qu'il se rapprochera « *davantage de celle d'une prison que d'une clinique médicale* ». Charles Germain, « *Le traitement des délinquants anormaux* » in « Les délinquants anormaux mentaux » 1959, page 122.

Ce qui avait fait débat<sup>34</sup> en revanche, c'était de savoir si on devait adopter un système dualiste dans lequel la mesure de défense sociale touchant les délinquants anormaux devait suivre la peine ou si elle pouvait s'y substituer alors même qu'ils avaient été déclarés responsables. On l'a vu, le système alternatif ou unitaire avait prévalu sur le système cumulatif. Pour Marc Ancel, les caractéristiques du système souhaitable étaient en définitive les suivantes : un système alternatif qui dégageait « *pleinement la notion de traitement du délinquant* », un traitement individualisé pour lequel « *la typologie criminelle vient ici au secours du droit pénal positif* » pour permettre « *le dosage de la peine et de la mesure de sûreté* », un traitement qui résulterait « *d'une observation scientifique de l'individu* ». Incontestablement, l'avant projet remplissait ces conditions.

Pouvait-on aller plus loin ? Marc Ancel distinguait encore dans le droit positif la tendance à pousser plus loin l'individualisation avec, aux Etats-Unis, la probation, subordonnée à l'obligation de suivre un traitement médical, et encore la tendance à franchir le pas vers des mesures de sûreté, au sens précis du mot : « *elles n'ont pas de but répressif, et ne comportent aucun blâme social. Elles cherchent avant tout à éviter la réitération voire la commission du délit.* »<sup>35</sup> Les mesures de sûreté pré-délictuelles n'étaient certes pas présentées comme étant sans dangers, mais la « *tendance* » à les envisager n'était pas condamnée et plutôt pensée comme le futur du droit<sup>36</sup>.

Le plus surprenant sans doute pour une partie des lecteurs contemporains de ces textes, et notamment ceux qui défendent aujourd'hui l'ordonnance de 1945 sur les mineurs, critiquent la loi du 25 février 2008, catégorie somme toute assez homogène, sera de constater le lien fait par nos auteurs entre le droit pénal des mineurs issu de la dite ordonnance et les mesures de sûreté qu'ils proposent. Ce lien est pourtant constant, répété et somme toute très clair : il tient tout entier à la notion de mesure de défense sociale. D'une part, Marc Ancel lit l'évolution du droit pénal des mineurs comme le passage du domaine de la répression à celui de la rééducation et, en 1950, il estime qu'on passe « *actuellement*

---

<sup>34</sup> G. Levasseur rappelle que s'agissant des anormaux qui « *sont à la fois responsables et dangereux* », le projet du Code pénal de 1934 avait prévu de leur infliger une peine, d'une part et un internement dans une maison spéciale de santé d'autre part. Il rappelle qu'il a « *soutenu à maintes reprises la thèse dualiste contre la thèse moniste dont il conteste au contraire d'un autre contributeur* ». (M. Germain, avocat général à la Cour de Cassation) que l'avant projet la consacre. Il lit l'avant projet comme consacrant une mesure mixte pour les anormaux, c'est-à-dire une mesure dont le régime d'exécution comprenne à la fois le traitement nécessaire à l'état mental de l'individu et l'effet afflictif justifié par ce qui lui reste de responsabilité. C'est bien ce que réalise l'avant projet, puisqu'il précise que le détenu de défense sociale est soumis à un traitement « *médico-répressif* » (article 29) et que la mise à « *l'épreuve surveillée* » comporte des modalités de surveillance d'ordre médical et social (article 32 al. 2). Levasseur, op. cit. page 24-25.

<sup>35</sup> M. Ancel, « *Introduction comparative* », « *Les délinquants anormaux mentaux* » 1959, page XXVI.

<sup>36</sup> Le débat exige ici une citation longue : « *La plupart des mesures dont il vient d'être parlé sont des mesures de sûreté au sens précis du mot : elles n'ont pas de but répressif, et ne comportent pas de blâme social. Elles cherchent avant tout à éviter la réitération, voire la commission du délit : ce sont essentiellement des moyens de prévention, et c'est ce qu'indique bien l'expression anglaise de préventive detention.*

*Il suffit de faire un pas de plus pour les situer résolument sur le plan préventif, c'est-à-dire pré-délictuel. Comme on le fait traditionnellement du reste pour le dément furieux, on n'exigera plus alors la commission préalable d'une infraction pour déclencher le mécanisme de protection sociale. Le Code cubain de 1936 connaît ainsi des mesures de sûreté ante delictum ; certaines lois américaines sur les délinquants sexuels psychopathes permettent également des interventions purement préventives. Les réclamations de certains représentants du mouvement de prophylaxie criminelle, avant la guerre, en faveur de l'organisation d'un dépistage efficace des anomalies mentales tendaient au même but. On fait observer du reste que le droit moderne de l'enfance délinquante s'efforce, lui aussi, dans beaucoup de cas, d'instituer de semblables interventions. L'organisation de la prévention du crime, par conséquent, apparaît comme dans la ligne même du mouvement de réaction contre la délinquance des anormaux.*

*Sans doute les résistances, d'ailleurs souvent justifiées, que rencontrent aux Etats-Unis les lois sur les délinquants sexuels psychopathes montrent qu'il convient de s'aventurer ici qu'avec une très grande prudence et sans jamais perdre de vue le souci impératif de la liberté individuelle. Mais il est clair d'autre part que, pour certaines catégories de délinquants, l'organisation de ces mesures préventives serait de nature à prévenir la commission de beaucoup d'infractions très graves.*

*Dans son remarquable rapport au Congrès de défense sociale de Milan, en 1956, le professeur Heuyer a insisté sur ce point en affirmant notamment que le problème des mesures préventives à prendre à l'égard de prévenus malades mentaux était la base de la défense sociale. Par ses deux lois du 24 décembre 1953 et du 15 avril 1954, sur les délinquants intoxiqués et sur les alcooliques dangereux pour autrui, la France a du reste montré qu'il était possible d'arriver sur ce point à des réalisations législatives qui soient compatibles avec les garanties de l'individu. L'Angleterre elle-même, se préoccupe également d'établir un système proprement préventif à l'égard de certains anormaux mentaux. Il est donc vraisemblable que, dans les années qui vont venir, ce courant législatif tendant à l'organisation de mesures préventives de la criminalité ou de mesures curatives de l'état dangereux tenant à toutes anomalies physiques ou mentales ne fera que se développer ».*



du domaine de la rééducation à celui de la prévention »<sup>37</sup>. En 1957, la recension par Jean Chazal<sup>38</sup> d'un ouvrage de Thorsten Sellin sur le projet de *Protective code*, projet suédois que l'auteur américain avait largement inspiré, permet de bien comprendre le pont tout à fait clair entre les traitements prévus pour les mineurs et jeunes majeurs d'une part et les anormaux mentaux d'autre part. Dans les deux cas, les mesures de prévention s'imposent<sup>39</sup>. C'est que, fondamentalement, la *défense sociale nouvelle* rejette toute classification et encore plus toute catégorisation des mesures de sûreté selon leur but. Elles sont patrimoniales ou personnelles, et pour ces dernières privatives de liberté ou non, mais on ne saurait les distinguer en mesures éducatives ou curatives, éliminatrices ou préventives, car la même mesure peut être appliquée à plusieurs fins selon l'individu en cause<sup>40</sup>. De sorte que privatives de liberté ou non, la mesure peut avoir pour fin la prévention, l'éducation ou la cure. L'ouvrage paru en 1958 « Les enfants et les adolescents socialement inadaptés »<sup>41</sup> démontre encore à propos des mineurs, la volonté de promouvoir un système s'écartant totalement de la peine rétributive au profit d'une « *étude scientifique du délinquant* », d'une « *mesure individualisée* » qui s'intègre dans une « *politique criminelle de récupération sociale* ». La notion même de discernement, dit-on, ne justifie pas le partage entre peine et mesure. Et la notion de responsabilité atténuée n'y a plus sa place<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> M. Ancel CIPP, 1950 page 15 : « A côté des dispositions législatives expresses, il faudrait d'ailleurs faire leur part aux lois qui, sans employer ni la dénomination, ni parfois même la technique des mesures de sûreté, aboutissent à des résultats analogues. Telles sont par exemple les célèbres Baumes law de New-York qui ont prévu l'internement à vie de certains récidivistes après quatre condamnations pour crimes graves. Tel est encore le cas de toutes les réformes qui, depuis trente ou cinquante ans ont marqué la transformation du régime juridique de l'enfance délinquante. On est passé ici, parfois insensiblement, parfois par une rupture brusque, mais le plus souvent sans l'affirmer officiellement, du domaine de la répression à celui de la rééducation ; et il semble même que l'on passe actuellement du domaine de la rééducation à celui de la prévention sociale. La défense sociale a gagné ici tout ce que le droit pénal, entendu stricto sensu, avait perdu. On peut dire, au milieu du XXe siècle, que les mesures de défense sociale, c'est-à-dire les mesures de sûreté, ont en législation à peu près définitivement remplacé les peins en ce qui concerne les mineurs délinquants. »

<sup>38</sup> Revue internationale de droit comparé, 1957, volume 9 pages 817-818.

<sup>39</sup> Traitant de la procédure, Ancel écrit (CIPP, 1950, page 27-28.) : « On en est arrivé ainsi à rejeter peu à peu la procédure traditionnelle pour les mineurs. Le problème n'est plus en effet de déterminer une peine, mais de statuer dans le seul intérêt de l'enfant. On voit de même apparaître des règles nouvelles et assez identiques en ce qui concerne les psychotiques, les individus victimes d'intoxication, voire même les vagabonds, les fainéants et certains récidivistes. Le problème législatif consiste donc à assurer un respect effectif de la liberté individuelle tout en garantissant d'autre part une protection sociale également efficace. Les lois modernes à travers bien des tâtonnements, s'efforcent ainsi de permettre au juge de prendre à bon escient la mesure qui s'impose en se fondant sur la personnalité du délinquant. »

<sup>40</sup> M. Ancel, CIPP, op. cit. 1950, page 16 : « Si l'on s'en tient aux seuls codes qui se soient efforcés à la fois d'introduire des mesures de sûreté et de les systématiser, on remarque, à travers la diversité inévitable des procédés législatifs, une tendance assez générale à distinguer simplement les mesures de sûreté en mesures personnelles et en mesures patrimoniales, les mesures personnelles elles-mêmes se divisant en mesures privatives et en mesures non privatives de liberté. Telle est la solution générale adoptée à la fois par le code italien de 1930, par le code cubain de 1936, par le code brésilien de 1940 et par le projet français de 1934.

Cette classification à la fois simple, précise et concrète, paraît l'emporter sur la classification, plus doctrinale, que l'on rencontre chez les criminalistes et qui se retrouve encore, très logiquement d'ailleurs, dans la plupart des rapports présentés par la C.I.P.P. : c'est celle qui distingue les mesures de sûreté en mesures curatives, en mesures «éducatives, en mesures éliminatrices et en mesures préventives. Le code uruguayen de 1933 nous offre un des rares exemples de consécration législative de cette classification. Si cette solution se comprend parfaitement sur le plan doctrinal, il apparaît cependant que sur le plan du pur droit positif, elle puisse donner lieu à quelques inconvénients. Les mêmes mesures peuvent, en réalité, être appliquées à la fois à plusieurs fins diverses, et notamment tout à la fois à des fins curatives, éducatives ou préventives. ».

<sup>41</sup> Antonin Besson (dir.), « Les enfants et les adolescents socialement inadaptés », Cujas, 1958, Volume VI des publications du centre d'études de défense sociale.

<sup>42</sup> Ibid. page 13 M. Ancel et J Chazal écrivent : « Sans doute le droit de l'enfance délinquante s'est maintenant dépouillé des fictions juridiques auxquelles il avait eu recours pour écarter l'application de la peine rétributive et pour soumettre le jeune délinquant à des mesures de réadaptation sociale. 'est ainsi que la célèbre question du discernement a disparu. La mesure prise trouve sa justification dans l'étude de la personnalité de l'auteur du délit et ce n'est plus la fiction du non-discernement qui autorise son prononcé.

Sans doute encore une notion aussi incertaine et abstraite que celle de responsabilité atténuée n'est plus de mise devant la juridiction des mineurs. Les troubles de caractère dont un adolescent est atteint, les frustrations affectives qu'il a subies, les carences éducatives dont il a souffert sont prises en considération dans le choix de la mesure qui lui sera appliquée, mais, en aucune façon, ces facteurs d'inadaptation ne donnent naissance devant le juge au singulier concept de responsabilité atténuée entraînant une atténuation dans la peine. La mesure n'a ni à être atténuée, ni aggravée. Elle est simplement choisie en fonction de la personnalité de l'auteur du délit et des ses facultés de réadaptation ». C'est ici très exactement le même raisonnement que celui qui fonde le dispositif proposé pour les délinquants anormaux mentaux.

Le moteur puissant de ce courant si l'on en juge par l'importance de ses productions entre 1950 et 1966 notamment, c'est qu'il peut penser trouver la solution à nombre des archaïsmes de la justice pénale, de l'administration pénitentiaire, qu'il se veut une réponse à la crise d'une pénalité et de la justice pénale. Et il ne manque pas d'anticipations qui retiennent encore aujourd'hui l'attention. S'agissant des délinquants anormaux mentaux, le professeur Georges Levasseur dresse en quelques pages<sup>43</sup> les conséquences des évolutions novatrices qu'il approuve : l'observation systématique et approfondie de la personnalité, les restrictions à la publicité qui sont aussi justifiées à ses yeux en ce domaine que pour les mineurs tant elles lui paraissent inévitables pour la discussion de la personnalité, la nécessaire création d'un juge de l'exécution, d'un dossier de personnalité, l'expertise collégiale et contradictoire avec consignation des opinions divergentes.

Dès 1952, Marc Ancel explore les conséquences de « *l'examen scientifique du délinquant sur le procès pénal* » et notamment la nécessité d'une césure entre la conviction et la sentence<sup>44</sup>. En 1964, l'accord n'est d'ailleurs pas impossible entre les tenants de la *défense sociale nouvelle* et les tenants du droit classique sur ce point<sup>45</sup>.

La « *surveillance psychothérapique et sociale* » que l'avant projet envisage comme « *mesure spéciale postpénale* »<sup>46</sup> et la professionnalisation de la probation<sup>47</sup> sont pensées comme autant de voies à explorer pour limiter le recours à la prison.

Au contraire d'une prison dont le régime paraît de moins en moins indifférencié, les mesures de sûreté « *tendent de plus en plus à la diversité parce qu'elles visent des catégories toujours plus nombreuses de délinquants* »<sup>48</sup>. C'est à cette tâche de catégorisation criminologique que dès 1956 le courant s'attache avec la publication de deux volumes titrés « *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne* »<sup>49</sup>.

Enfin, au plan philosophique, le courant de la défense sociale nouvelle revendique par ses propositions « *introduire dans l'action sociale de la justice criminelle une véritable « pédagogie de la responsabilité » depuis le procès jusqu'au terme du « traitement ». Il ne se vit donc aucunement comme en rupture avec les notions de responsabilité, de faute ou de libre arbitre* »<sup>50</sup>.

Pour autant, la *défense sociale nouvelle* a parfaitement conscience<sup>51</sup> des dérives qu'une politique criminelle fondée sur les mesures de sûreté, le traitement des individus et la prévention peuvent générer. Comment nos auteurs pensent-ils s'en prémunir ?

---

<sup>43</sup> G. Levasseur, « La défense sociale nouvelle appelée... », op. cit. page 22-38.

<sup>44</sup> M. Ancel, « Le procès pénal et l'examen scientifique du délinquant », tiré à part, Melun 1952, l'exemplaire que nous avons en main contient la lettre d'envoi à Th. Sellin.

<sup>45</sup> G. Levasseur (« Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale », Rapport de synthèse, Rsc. 1964 pages 795) constatant le désaccord sur la question de l'examen de personnalité écrit « *On a, dans le but de jeter un pont, tout au moins une passerelle, sur ce fossé, relancé l'idée de la césure, l'idée de la division du procès pénal en deux phases : la phase de conviction, la phase de sentence. M. Merle y a fait allusion, et M. Ancel l'a également suggérée.* »

<sup>46</sup> Vullien et Dublineau, op. cit. page 59.

<sup>47</sup> M. Ancel CIPP, 1950, page 37.

<sup>48</sup> M. Ancel CIPP, 1950, page 54.

<sup>49</sup> Antonin Besson et Marc Ancel, *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, éd. Cujas, 1956.

<sup>50</sup> C'est l'un des partisans du courant néoclassique, R. Merle qui l'exprime clairement en 1964 : « *Cela ne veut pas dire, comme certains l'ont prétendu –je n'étais pas du nombre- que la défense sociale nouvelle entend éliminer les notions de responsabilité, de faute, ou de libre arbitre. Les promoteurs de ce système prétendent au contraire introduire dans l'action sociale de la justice criminelle une véritable « pédagogie de la responsabilité », entreprise dès le premier jour du procès, poursuivie tout au long de la procédure, et qui, au terme du traitement pénitentiaire, développera chez le délinquant la notion de devoir de l'homme envers ses semblables, et d'une conduite en rapport avec le sentiment intime et collectif de la responsabilité* ». L'auteur fait référence à M. Ancel, « La défense sociale nouvelle » première édition), p. 101 et s.

<sup>51</sup> M. Ancel, CIPP, 1950, op. cit. page 9 : « *Une dernière source d'incertitude pour qui prétend dresser l'inventaire des mesures de sûreté tient au développement moderne de l'institution elle-même. Le problème des mesures de sûreté s'est en effet trouvé compliqué par les transformations politiques et les bouleversements de toutes sortes qui se sont produits depuis cinquante ans, et particulièrement depuis vingt ans dans le monde. On a vu apparaître et se développer des mesures de sécurité publique de caractère administratif ou, parfois même, simplement policier. Sans parler ici de l'usage et même de l'abus qu'en ont fait régimes totalitaires, on peut rappeler que les systèmes les plus respectueux de la liberté individuelle ont été pendant la dernière*

D'abord en réduisant la distance, artificiellement posée selon eux, par le droit pénal classique entre peine et mesure de sûreté<sup>52</sup>. « *En France, écrit M. Ancel, c'est parmi les peines accessoires et complémentaires qu'il faut presque toujours découvrir les mesures de défense sociale* »<sup>53</sup>. De 1950<sup>54</sup> à 1981<sup>55</sup>, M. Ancel ne variera pas : peine et mesures de sûreté ont cessé de s'opposer. Leur interpénétration est inéluctable.

Reste tout de même, et ce n'est pas rien, la question de l'indétermination des mesures de sûreté ou celles des sentences indéterminées. Dès 1950, M. Ancel ne se paye pas de mots : « *l'indétermination est dans la logique du système* »<sup>56</sup>. Mais, dans cette étude de droit comparé, l'auteur constate que si l'indétermination relative est admise partout notamment pour les mineurs, l'indétermination absolue « *semble devenir peu à peu la règle, non seulement pour l'internement des aliénés où elle a toujours existé et pour certains délinquants d'habitude, mais pour les délinquants soumis à l'internement dans une maison de travail* »<sup>57</sup>.

Sur l'exemple des délinquants anormaux mentaux, l'avant-projet de loi de 1959 a pu faire consensus parce qu'il apparaît à d'éminents auteurs comme étant certes novateur mais fidèle aussi aux principes traditionnels. Fidélité au principe de légalité quand le régime prévu par ce texte suppose que l'aliéné ou l'anormal ait commis une infraction préalable, quand les notions d'aliéné, d'anormal et la définition d'état dangereux sont données par la loi<sup>58</sup>, les mesures sont définies, leur durée limitée et renouvelable qu'en raison d'un état dangereux particulièrement grave, et quand ces mesures ne sont applicables qu'aux auteurs d'infractions commises après son entrée en vigueur. Enfin, l'autorité judiciaire est appelée à intervenir à tous les stades du dispositif et à le contrôler<sup>59</sup> et les tribunaux pourront eux-mêmes désigner l'établissement dans lequel la mesure sera exécutée<sup>60</sup>.

Marc Ancel reprend en 1966, de manière générale, ces arguments dans « *La défense sociale nouvelle* » en soulignant que les mesures de sûreté ainsi soumises au droit et à l'intervention

---

*guerre obligés de recourir à l'assignation à résidence ou à l'internement administratif* ». L'auteur renvoie pour la France au traité de droit administratif de Waline, et pour l'Angleterre à Lord J. Denning.

<sup>52</sup> M. Ancel, CIPP, 1950, op. cit. page 17 : « *dés l'origine, l'opposition doctrinale de la peine et de la mesure de sûreté paraît n'avoir dans la réalité du droit positif, ni toute l'acuité ni toute l'importance que se plaisent à lui accorder certains théoriciens* »

<sup>53</sup> M. Ancel, CIPP, 1950, op. cit. page 8.

<sup>54</sup> M. Ancel conclut son rapport général sur les mesures de sûreté en 1950 sur ces lignes : « *Plus qu'à la fusion formelle de la peine et de la mesure de sûreté, le droit et l'expérience pénale d'aujourd'hui nous font assister à une interpénétration progressive de deux institutions d'après laquelle l'une et l'autre se rapprochent et se combinent sans néanmoins se confondre tout à fait. Plus que l'étiquette sous laquelle la sanction figure dans l'arsenal juridique, il faut tenir compte de l'esprit dans lequel elle a été conçue, et surtout des méthodes par lesquelles elle est exécutée. Or il est indéniable que cet esprit et que ces méthodes sont, de plus en plus largement, ceux de la défense sociale.* » M. Ancel, CIPP, 1950, op. cit. page 56.

<sup>55</sup> Dans les trois éditions de « *La défense sociale* », on lit : « *Peine et mesures de sûreté ont ainsi cessé de s'opposer. Si les juristes veulent, pour la satisfaction de leur esprit, comparer entre eux ces deux concepts en tant que tels, la politique de défense sociale n'y fera pour sa part aucune objection ; elle pensera même que, sur le plan pédagogique et pour initier les esprits à la technique des institutions pénales, la comparaison est profitable ; mais elle considèrera qu'il s'agit là d'un point de vue doctrinal étranger, à proprement parler, à cette action sociale de lutte contre la criminalité qui est l'objectif et la raison d'être d'une saine politique criminelle. Selon cette politique criminelle, on devrait presque pouvoir employer un procédé ou un autre sans avoir à le qualifier « peine » ou « mesure », car ce qui importe, c'est le contenu et la coloration de la sanction, beaucoup plus que sa dénomination formelle.* » Dans l'édition de 1981, page 230, l'auteur ajoute : « *On peut relever à cet égard une tendance législative moderne (qui va notamment du code pénal suédois de 1962 à l'avant projet français de Code pénal de 1976-1979) à ne plus employer le terme « peine » ou « mesure » mais un terme générique tel que celui de « sanction ».* »

<sup>56</sup> M. Ancel, CIPP, 1950, page 38.

<sup>57</sup> M. Ancel, CIPP, 1950, page 39.

<sup>58</sup> G. Levasseur, op.cit. page 15 : « *La définition de cet état dangereux est parfaitement claire ; selon les idées les plus généralement admises, il s'agit de la probabilité d'infractions futures [...] On pourra noter que le texte n'insiste pas sur la nature des infractions futures redoutées ni sur le degré de probabilité comme certains auteurs proposent de le faire. C'est seulement dans l'article 66 al. 2, lorsqu'il est envisagé de prolonger la durée de la mesure, que l'avant projet exige que l'état mental rende probable dans l'immédiat la perpétration d'infractions graves. Par contre, lorsque cette probabilité disparaît ou s'estompe, cette amélioration dans la réadaptation à la vie sociale justifie la cessation ou l'allègement des mesures prises.* »

<sup>59</sup> G. Levasseur, op.cit. page 18 à 22 et Ibid. le chapitre dû à R. Vienne, magistrat, « *La procédure de contrôle de l'exécution des mesures* », page 139-156.

<sup>60</sup> M. Germain, avocat général à la Cour de Cassation, n'hésite pas à qualifier cette innovation de « *révolutionnaire dans notre droit où le principe de la séparation des pouvoirs devrait, dans sa rigueur, interdire au juge de s'immiscer dans l'exécution des sanctions pénales qui appartient au pouvoir exécutif* ». Germain, « *Le traitement des délinquants anormaux mentaux* » in « *Les délinquants anormaux mentaux* » op.cit. page 119.

judiciaire et inspirées par les données de la science seront les instruments d'une politique criminelle qui doit être pensée comme un *art social de lutte contre le crime*.<sup>61</sup> En 1981, une inflexion est notée, et l'auteur ajoute qu'il faut tenir compte du « *mouvement de réaction récente de la criminologie américaine contre les mesures de sûreté, l'excès de « discrétion » des juges ou des organes administratifs et les sentences indéterminées* ». Et l'auteur de conclure : « *Une saine politique criminelle de défense sociale doit d'abord protéger l'homme, et l'homme dans son milieu social* ». L'inflexion n'est pas mince.

Reste, enfin, la question des mesures ante delictum. Ici plus encore, la doctrine aura varié d'une position longtemps audacieuse, voire aventureuse, vers un retour à la prudence. Comme pour l'indétermination, Marc Ancel pense d'abord en 1956 comme en 1966 que « *par une sorte de logique interne* » une politique criminelle basée sur la protection et la prévention sera menée à des mesures de sûreté pré-délictuelle<sup>62</sup>. Il pose très clairement les conditions juridiques auxquelles de telles mesures sont acceptables<sup>63</sup> : une délimitation précise des cas où l'état dangereux justifierait les mesures pré-délictuelles et des garanties d'ordre procédural. En 1981, il se ravise ; il affirme d'abord que la *défense sociale* est l'adversaire résolue des mesures de sûreté ante delictum discrétionnaires et, après un long débat sur les exceptions qu'il constate en droit comparé, il cite un auteur hispanique<sup>64</sup> qui après avoir été longtemps partisan de la prise en considération par le législateur de la périculosité, reconnaît avoir aperçu « *les dangers qu'une telle politique criminelle pouvait faire courir à la liberté individuelle* ». Mais le dernier argument cité au débat peut laisser songeur le lecteur d'aujourd'hui<sup>65</sup> : « *D'autres auteurs, plus nombreux encore, remarquent avec M. Vienne que si « le critère de l'état dangereux, posé par les sciences criminologiques et décelé par la clinique criminologique, présentait une sécurité absolue, le juriste, qui saurait que tel sujet va inéluctablement commettre un délit, pourrait et devrait prendre la mesure préventive appropriée. Mais ni la science ni l'art criminologique n'en sont là* ». Y serions-nous ?

Ces citations déjà présentes dans les deux éditions de 1956 et 1966 justifiaient le fait que « *la généralisation des mesures de sûreté pré-délictuelles n'était pas souhaitable*<sup>66</sup> ». En 1981, une autre conclusion s'impose : non seulement, la généralisation des mesures de sûreté pré-délictuelles ne paraît pas souhaitable, mais l'auteur ajoute que « *la défense sociale réproouve expressément les lois spéciales qui, dans certains pays, ont prévu des mesures de contrainte et de coercition, et même des internements administratifs à l'égard d'individus réputés suspects en dehors de toute procédure*

---

<sup>61</sup> M. Ancel, « La défense sociale nouvelle » 1966, page 210-211 : « *Elles [les mesures de sûreté] doivent au contraire être désormais soumises, non seulement à un régime de légalité, mais, par essence en quelque sorte, à une intervention judiciaire. Elles constituent ainsi les instruments d'action d'une politique criminelle inspirée sans doute par les données de la science, mais envisagées avant tout comme un art social de lutte contre le crime, dont le droit pénal lui-même est un moyen* ».

<sup>62</sup> M. Ancel « La défense sociale nouvelle », 1956, page 150 et 1966, page 267 : « *La position prise à l'égard des mesures de sûreté soulève cependant un dernier problème qu'il faut aborder également en toute franchise comme en toute lucidité. Si en effet la mesure de sûreté est considérée, non sous son seul aspect juridique, qui l'oppose à la peine, mais comme l'instrument d'une réaction sociale rationnelle contre le crime, on peut se demander si cette politique criminelle nouvelle n'est pas conduite, par une sorte de logique interne, à préconiser des mesures de sûreté ante delictum. L'état dangereux ou les manifestations dangereuses de la personnalité de l'individu peuvent en effet se manifester avant même qu'une infraction proprement dite ait été commise. L'admission comme base de la Politique criminelle des notions de prévention et de protection ne conduira-t-elle pas alors presque nécessairement à ces mesures de sûreté pré-délictuelles ?* »

<sup>63</sup> M. Ancel « La défense sociale nouvelle », 1956, page 153 et 1966, page 271 : « *L'équilibre à garder entre le principe de légalité, qui joue pour les mesures de sûreté comme pour les peines, et l'instauration d'une législation de prévention sociale au stade pré-délictuel se réalisera en réalité assez facilement, à condition que soit assuré le respect des précautions suivantes : 1) détermination et définition rigoureuses d'une variété spéciale, nettement précisée d'état dangereux ; 2) délimitation de cette notion d'état socialement dangereux au moyen d'une formule légale soigneusement et strictement libellée ; 3) reconnaissance par la loi d'un droit d'intervention préventive de l'État uniquement dans les limites légalement et strictement fixées ; 4) instauration de conditions précises relatives à ce droit d'intervention par un système comportant des garanties d'ordre juridique et procédural qui devront même en principe être celles du droit commun. Sous ces réserves et dans ces limites, une législation inspirée de la politique criminelle moderne peut admettre pour certains cas particuliers, un système de mesures de sûreté pré-délictuelles.*

<sup>64</sup> Jimenez de Asua.

<sup>65</sup> Avec le recul, son optimisme, sa foi maintenue dans le progrès de la criminologie semblent plus en rapport avec l'esprit de l'époque qu'avec la nôtre.

<sup>66</sup> M. Ancel « La défense sociale nouvelle », 1956, page 153 et 1966, page 270

judiciaire. ». Une note éclaire le lecteur : « *Nous nous séparons ici du texte de notre 2e édition où nous avons cru pouvoir indiquer sous quelles conditions, strictement restrictives, des mesures ante delictum pourraient être exceptionnellement instituées par la loi. A la réflexion, nous estimons que l'exception, pour restrictive qu'elle se veuille, risque d'ouvrir des possibilités dangereuses. Le principe de légalité a trop besoin aujourd'hui d'être défendu intégralement.*<sup>67</sup> ».

L'inflexion de la pensée est plus profonde encore quand M. Ancel modifie partiellement la présentation générale qu'il fait en début d'ouvrage des grandes idées de la *Défense sociale nouvelle*. Entre les deux éditions, 1966 et 1981, c'est la référence à la notion de *péculosité* qui a disparu<sup>68</sup>.

## II Réflexions sur les impensés d'une politique criminelle et les causes d'un demi-échec.

Nous allons tenter de réfléchir à partir de ce que nous avons mis à jour sur quelques uns des impensés de cette politique criminelle, et sur ce qui l'a mené, un temps au moins, à accepter voire à proposer des dispositifs qui peuvent faire songer à notre présent sécuritaire.

Une chose est sûre. Ce n'est pas une méconnaissance des pratiques, ni du terrain au sens le plus large qui soit qui pourrait expliquer les choix de politique criminelle que nous avons exposé.

L'hostilité des juges aux mesures de sûreté par exemple n'est nullement méconnue<sup>69</sup>. Les « difficultés d'application » de la loi belge de 1930 ne sont pas ignorées<sup>70</sup>, et celles-ci iront s'aggravant jusqu'à une première réforme de la loi en 1964 mais cela n'empêche pas que le courant français propose de créer des établissements de défense sociale sur le modèle belge en 1959, à tel point que la commission de Lille qui avait travaillé à ce projet n'avait été créé là qu'à raison de la proximité avec la Belgique<sup>71</sup>.

Les limites de la science sont relevées lorsqu'il s'agit de dénoncer l'impossible dosage de responsabilité tenant au système de responsabilité atténuée<sup>72</sup> mais, l'instant qui suit<sup>73</sup>, on souligne « *le*

---

<sup>67</sup> M. Ancel « La défense sociale nouvelle », 1981, page 235 et note 75.

<sup>68</sup> M. Ancel « La défense sociale nouvelle », 1966, page 37. L'auteur résume pour le lecteur en début d'ouvrage les six grandes idées de la défense sociale moderne : 1° *La Défense sociale suppose d'abord une conception générale du système anticriminelle qui ne vise pas seulement à faire expier une faute par un châtement, mais cherche à protéger la société contre les entreprises criminelles ; et il n'est pas douteux qu'à cet égard, nous y reviendrons, la défense sociale se souvient de la « révolte positiviste » contre le système pénal classique ; elle prend naissance et se développe grâce à un effort résolu de discussion et, s'il le faut, de révision systématique des valeurs ;*

2° *Cette protection sociale, la Défense sociale entend la réaliser grâce notamment à un ensemble de mesures extra-pénales, au sens strict du mot, destinées à neutraliser le délinquant, soit par élimination ou par ségrégation, soit par l'application de méthodes curatives ou éducatives ; et l'on retrouve ici les rapports évidents entre les idées de la défense sociale et la notion de péculosité telle que l'avait dégagée notamment l'Union Internationale de droit pénal.*

En 1981, le premier point est soutenu avec une fermeté sans faille ! Qu'on en juge : « 1) *Avant toute chose, la défense sociale procède à un examen critique et à une remise en cause du système de protection de la société contre les entreprises criminelles ; elle se souvient ici de la « révolte positiviste s'insurgeant, à la fin du siècle dernier, contre les insuffisances, les contradictions et l'inefficacité du système classique ; elle affirme la nécessité de la discussion continue et, s'il le faut, de la contestation ou de la révision des valeurs, en face d'un dogmatisme statique satisfait de lui-même et ignorant de la réalité criminologique ».*

Mais le second point est totalement modifié au contraire des autres à suivre : « 2) *pour saisir cette réalité, elle fait appel à toutes les Sciences de l'homme et à l'emploi méthodique de la recherche scientifique ; elle veut procéder à une analyse rigoureuse, à une évaluation et à une actualisation des institutions de réaction anti-criminelle, afin de dégager des remèdes positifs adaptés aux conditions mouvantes de la criminalité et aux besoins toujours nouveaux de la Société. »*

<sup>69</sup> M. Ancel CIPP, 1950, page 14 et 53. A propos de l'Angleterre, Ancel écrit : « *quant à la loi anglaise de 1908, chacun sait qu'elle s'est heurtée à la méfiance des juristes et presque à l'hostilité des juges, à ce point que pendant de longues années l'internement de sûreté qu'elle prévoyait (preventive detention) n'a fait l'objet que d'applications extrêmement rares ».*

<sup>70</sup> Ibid. page 49, note 1 « *Un rapport belge à la CIPP reconnaît loyalement que le régime des récidivistes faisant à la prison de malines l'objet d'une mesure de défense sociale à l'expiration de leur peine « ne diffère pas essentiellement de la détention pénitentiaire ».*

<sup>71</sup> Cf. la précision donnée en ce sens par G. Levasseur, « Les délinquants anormaux mentaux » page 9.

<sup>72</sup> M. Ancel, Ibid., page XV, « *Du point de vue médical, les illusions que l'on pouvait avoir au début du siècle sur la possibilité pour le médecin-expert de doser presque mathématiquement la responsabilité du sujet ont rapidement disparu ».*

<sup>73</sup> Ibid. page XVIII.

risque [pour la loi pénale] de se trouver sans cesse dépassée par les progrès de la science psychiatrique ou psychologique ». En 1964, le criminologue<sup>74</sup> ne cache pas que l'absence actuelle de moyens matériels et de garanties scientifiques « fait que certaines positions de la Défense sociale nouvelle apparaissent devoir être tempérées. Il en est ainsi par exemple, pour des mesures préventives ante delictum qu'il n'est pas possible de fonder scientifiquement sur une appréciation rigoureuse de l'état dangereux pré-délictuel ». G. Levasseur<sup>75</sup> relève le sage doute de R. Merle, le pénaliste classique, qui exprime « discrètement le reproche que le système de la défense sociale fasse une confiance trop large, et peut-être même illimitée, aux techniques de ces sciences en pleine évolution, comme l'a reconnu M. Heuyer lui-même (« la psychiatrie, nous a-t-il dit se transforme avec une rapidité révolutionnaire inimaginable) ». Et pourtant, on n'en continue pas moins d'invoquer « l'étude scientifique de la personnalité du délinquant » comme une réalité à portée de la main<sup>76</sup>.

L'espoir mis dans la science pour en finir avec une pénalité en crise et protéger la société semble si fort qu'il empêche de douter de la légitimité comme de l'efficacité du « traitement » qu'on veut à tous niveaux promouvoir. Jusqu'au bout, on l'a vu<sup>77</sup> l'espoir mis dans la science médicale sera maintenu, même sous la forme d'un futur incertain mais radieux. Bien plus, le rapport de la peine avec la société, ses fonctions diverses, disparaît sous l'injonction du « traitement » et le droit pénal dit-on ne doit jouer que son rôle technique, « de garantie nécessaire à la liberté individuelle ».<sup>78</sup>

A partir de là, la « loyale collaboration de la psychiatrie et du droit » n'est plus jamais interrogée. Jamais l'emprise de l'expert sur la décision et encore moins ses rapports et ceux du juge avec l'opinion ne sont interrogés. La notion de risque pourtant nécessairement liée à celle de dangerosité, les méthodes d'évaluation de celle-ci, la manière dont les résultats des « traitements » seront évalués, l'impact d'un échec, d'une erreur d'appréciation de l'expert ou du juge sur l'opinion n'affleurent pas. Le danger que de cette politique criminelle ne surgisse un droit pénal à la fois garantiste et sécuritaire n'aura pas fait partie du débat.

Jusqu'en 1981, l'idée que le droit allait empêcher tout dévoiement, toute dérive est au fond pensée sur un mode très politique, au sens le plus limité du terme. L'exemple de l'avant projet de loi sur les délinquants anormaux mentaux est parfaitement éclairant : il semble essentiel d'avoir exclu du champ les délits politiques et de presse. Le contrôle du juge et sa liberté d'appréciation, éclairé par la science feront le reste. Un juge, éclairé par la Science et protecteur de la Société, telle est encore l'idéal, l'utopie de la *Défense sociale nouvelle*.

Il vaut la peine avant d'en terminer de s'arrêter un peu sur les causes du demi-échec de la *défense sociale nouvelle*, demi-échec au sens où certains de ses projets, comme par exemple celui sur les anormaux mentaux, n'a pas prospéré.

On peut d'abord songer à propos de cet échec à des raisons très conjoncturelles. Nous dirions aujourd'hui que l'agenda politique n'était pas favorable. Il est certain qu'en 1959, le pouvoir gaulliste ne ressent pas, sans doute, comme une priorité la question des délinquants anormaux mentaux. L'heure est plutôt justement à la délinquance politique.

Passé le début de la décennie soixante, faut-il considérer que le lien posé par le courant lui-même entre ce projet et ses options en matière de délinquance des mineurs lui a nui ? On pourrait le penser à la lecture du rapport de synthèse de G. Levasseur en 1964 sur la confrontation entre la *défense sociale nouvelle* et le droit pénal classique. S'agissant des mineurs, Marc Ancel pensait pouvoir en 1950,

---

<sup>74</sup> Jean Pinatel, RSC 1964, op. cit. page 771.

<sup>75</sup> Georges Levasseur, Ibid., page 793.

<sup>76</sup> Marc Ancel, Ibid., page 749.

<sup>77</sup> Cf. note 62

<sup>78</sup> M. Ancel, « La défense sociale nouvelle » 1966, page 267 : « dans la doctrine nouvelle de la défense sociale, il y a, non pas unification, mais intégration de la peine et de la mesure de sûreté dans un système unitaire de sanctions pénales fondé sur des critères à la fois physiques sociaux et moraux et ordonné par une politique criminelle où le droit pénal joue uniquement son rôle normal, mais essentiel, de technique appelée à servir de garantie nécessaire à la liberté individuelle.

saluer les résultats « à peu près universellement considérés comme favorables » des mesures de sûreté, du reste attestés par le fait que « cette délinquance des jeunes semble en décroissance »<sup>79</sup>. En 1964, l'optimisme a disparu. G. Heuyer<sup>80</sup> en dénonce l'augmentation et la mutation avec l'apparition des bandes. Et Georges Levasseur<sup>81</sup> avec une lucidité exceptionnelle constate que cette augmentation sera portée au débit de la politique de *défense sociale nouvelle*. Il ajoute : « On comprend alors que les autorités gouvernementales se soient demandé si la politique criminelle de *défense sociale* ne devait pas être contrecarrée. » Cette inquiétude des pouvoirs publics a-t-elle pu toucher les autres projets que le courant voulait faire avancer ? Une recherche plus approfondie le dirait peut-être. Enfin, l'échec flagrant des deux lois célébrées par Ancel<sup>82</sup> comme deux lois de *défense sociale*, celle sur les alcooliques dangereux et celle sur les toxicomanes n'était pas de nature à encourager le législateur.

Mais c'est sans doute davantage l'évolution de la psychiatrie qui fournit les clés de cet échec<sup>83</sup>. On se risquera ici à des hypothèses. Les psychiatres qui participent au mouvement de *Défense sociale nouvelle* et à l'élaboration de l'avant-projet ont à l'esprit et anticipent les évolutions de la pharmacopée notamment. Ils ne manquent pas de dire que les thérapeutiques nouvelles influenceront les modalités du règlement d'administration publique des établissements de *défense sociale*<sup>84</sup>. Les psychiatres qui écrivent sur le projet en 1959, voient bien que les nouveaux traitements vont entrer

---

<sup>79</sup> Marc Ancel CIPP, 1950, op. cit. page 49.

<sup>80</sup> G. Heuyer, RSC 1964, op. cit. page 751.

<sup>81</sup> Georges Levasseur, Ibid., page 787. Le passage mérite d'être cité tant il résonne avec notre présent : « Bien plus, on assiste à un phénomène encore plus inquiétant. Alors que la criminalité juvénile avait été jugulée, que l'on croyait avoir trouvé la solution au problème, cette criminalité remonte en flèche, à la stupéfaction et à l'effroi général, et elle prend aussi des formes nouvelles, qui laissent la société désorientée. Non seulement le R. P. Vernet dans son article, mais notre fidèle rapporteur, le professeur Heuyer attirait notre attention sur ce point, en montrant d'ailleurs très justement qu'avant de s'en prendre à la jeunesse et de la soumettre à un régime de rigueur, il faudrait peut-être que la société réagisse contre les causes sociales du désarroi et de l'immaturation de cette jeunesse. Mais s'il en est ainsi, c'est donc que le régime préventif et répressif appliqué aux mineurs est en voie de faillite ?

Or, ce régime, mis au point par cinquante ans d'efforts continus, et que l'on croyait payants, n'est-ce pas celui-là même que le courant dont je parlais tout à l'heure, et que la *défense sociale nouvelle* a confirmé et canalisé, a transposé en faveur des adultes (comme le rapport écrit de M. Pinatel le rappelait et le souhaitait).

On comprend alors que les autorités gouvernementales se soient demandé si la politique criminelle de *défense sociale* ne devait pas être contrecarrée.

Faut-il revenir au droit pénal classique ? »

<sup>82</sup> A noter que la *défense sociale nouvelle* ne commente guère leur échec.

<sup>83</sup> Ce passage doit beaucoup aux amicales suggestions du Professeur Jean-Louis Senon, psychiatre. Jean Louis Senon nous fait notamment observer que « l'histoire de la psychiatrie française a effectivement été marquée par l'expérience de la 2<sup>ème</sup> guerre mondiale, plusieurs collègues ont été impliqués dans la résistance et se sont appuyés sur des malades qui ont révélé des capacités méconnues... Ce sont les expériences de psychiatrie institutionnelle de Tosquelles à Saint Alban en Lozère, Daumezon à Fleury les Aubray, Le Guillant, Hélène Chaigneau... Ces mêmes collègues ont avancé une critique implacable de la psychiatrie asilaire, ceci avant même l'antipsychiatrie des années 1965. Ils ont été rejoints par les politiques du ministère de la Santé de l'après guerre qui pour nombre d'entre eux étaient aussi d'anciens résistants, avec un noyau de communistes militants travaillant avec les gaullistes, très attachés aux valeurs de la république et à la liberté individuelle. Autour de Marie Rose Mamelet, chef du bureau de la psychiatrie jusque vers les années 1985, ils ont conçu le secteur de psychiatrie comme une réponse : soins de proximité, priorité de la clinique, prise en charge longitudinale du patients, pas de stigmatisation du malade même si sa maladie se révèle par des troubles du comportement... Pour ces raisons, ils ont fermement refusé le principe de la *défense sociale* que M. Raviart et Vullien importaient de Belgique à Lille en avançant que rien en justifiait des institutions recevant des personnes sélectionnées uniquement pour des troubles du comportement et associant malades mentaux et criminels non malades. Ils s'opposaient à un modèle ségrégatif de la psychiatrie et prônaient donc le secteur comme modèle intégratif... »

<sup>84</sup> Les Pr. Vullien et Dublineau, « *Les délinquants anormaux mentaux* » op. cit. page 67 écrivent : « Sans préjuger des modalités du règlement d'administration publique prévu pour cette dernière, on doit souligner que les thérapeutiques nouvelles ne manqueront pas de les influencer. En effet, au cours des dernières années, des traitements nouveaux ont été institués, qui ont permis de reconsidérer dans son ensemble le problème thérapeutique d'états considérés comme chroniques et pratiquement incurables.

Dans le cadre de ces médications, nous citerons d'abord les dernières venues, moins pour sacrifier à l'engouement du moment que parce que ce sont elles qui véritablement, surtout eu égard aux faibles moyens techniques qu'elles exigent, ont modifié la structure de certains services, grâce à la généralisation de leur emploi. Comme on sait, il s'agit de la chlorpromazine, suivie de peu de distance de la résépine, sans préjudice d'autres qu'il serait fastidieux d'énumérer.

Toutes ces médications agissent sur le facteur angoisse, et secondairement sur l'excitation. C'est ainsi qu'elles semblent pouvoir être utilisées chez un grand nombre de délinquants plus ou moins excités, coutumiers de réactions brutales et de ce fait particulièrement insociables. Dans les hôpitaux psychiatriques, les quartiers des agités se sont métamorphosés en quelques mois. ... »

dans les prisons et que « pour un sujet rapidement amélioré de ses troubles, la tentation sera grande ou de le ramener dans le rang des détenus de régime commun, ou de prévoir pour lui le cas échéant, dans le mécanisme de la nouvelle loi, des mesures de traitement libre avec simple surveillance extérieure »<sup>85</sup>. Inversement, la facilité de traiter sur place conduira au maintien des intéressés en milieu pénitentiaire, sans recourir au placement en hôpital psychiatrique. « De sorte que certaines sections au moins des centres pénitentiaires –surtout si les hôpitaux psychiatriques généraux accentuent leur position à l’égard des délinquants- pourraient bien s’organiser de facto comme de véritables centres hospitaliers psychiatriques, avec tous les impératifs –en particulier en matière d’organisation et d’équipement- que cette situation impliquerait.<sup>86</sup> » On ne peut pas dire que les évolutions institutionnelles ne soient pas pressenties. Mais comme pour conjurer le mauvais sort que cette évolution jette sur les établissements de défense sociale, ils ajoutent : « En toute hypothèse, ces modalités ne viseront qu’une faible proportion des sujets relevant des centres de Défense sociale. »

Il n’en alla pas ainsi. Au-delà des réalités tout à fait évidentes soulignées par nos auteurs, le projet de la *Défense sociale nouvelle* allait se trouver totalement décalé par rapport aux évolutions institutionnelles de la psychiatrie<sup>87</sup>. La montée en puissance dès les années cinquante du courant de la psychothérapie institutionnelle, l’annonce en 1960 par le ministère de la santé d’une réorganisation complète de la psychiatrie publique sous la forme de la psychiatrie de secteur, puis la force du courant de l’antipsychiatrie que la parution de l’ « Histoire de la folie » en 1961 annonçait, allaient, chacune à leur façon, à contre courant de la création d’établissements de défense sociale. Il serait tentant d’en conclure que décidément le projet sur les délinquants anormaux mentaux arrivait beaucoup trop tard pour avoir la moindre chance de séduire le législateur. Mais l’exception française au regard de la Belgique, de l’Allemagne, de la Suisse qui toutes avaient des législations de *défense sociale* depuis les années vingt mériterait certainement encore d’autres explications. Pourquoi donc à la fin des années trente, aucune des tentatives précédentes<sup>88</sup>, et inspirées celles-là par la défense sociale, n’avaient pas davantage abouti ? Sans doute faut-il suivre ici la démonstration de R. Castel<sup>89</sup> qui nous explique comment dès les années 1920, le système asilaire en crise sera à la recherche d’une nouvelle formule globale qui n’advientra qu’avec le secteur.

\*

\*

\*

Lorsqu’en 1960, l’avocat général Germain rappelle que l’exposé des motifs de la proposition de loi de 1937 envisageait à propos des établissements de défense sociale « un régime spécial, à la fois disciplinaire et thérapeutique », il est impossible de ne pas voir là comme un clin d’œil, bien involontaire, à Michel Foucault. C’est en sa compagnie que nous voudrions clore notre réflexion à partir d’une conférence donnée en 1978 sur « L’évolution de la notion d’état dangereux dans la psychiatrie légale du XIXe siècle »<sup>90</sup>. Dans la seconde partie de sa conférence, Foucault se place à un moment qu’il estime particulièrement fécond dans les rapports de la psychiatrie et du droit, les dernières années du XIXe siècle et 1910, entre le premier congrès d’Anthropologie criminelle et la publication par Prins de la *Défense sociale*. Il souligne en premier lieu comment les évolutions de la psychiatrie ont abouti à la suite de l’abandon de la notion de monomanie à passer d’une focalisation sur les grands crimes à la création d’un « continuum psychiatrique et criminologique, qui permet d’interroger en termes médicaux n’importe quel degré de l’échelle pénale ». Il rappelle aussi

<sup>85</sup> Ibid. page 69.

<sup>86</sup> Ibid. page 70.

<sup>87</sup> Cf. J. Hochmann, « Histoire de la psychiatrie », Puf, 2004 ; Félix Guattari, « Psychanalyse et transversalité », Maspero, 1974 ; Pierre Pichot, « Un siècle de psychiatrie », Synthélabo, 1996.

<sup>88</sup> Une proposition de loi, déposée en 1937, au Sénat, par MM. Lisbonne et Camboulives prévoyait la création d’annexes psychiatriques dans les prisons où l’on pourrait observer les délinquants « soupçonnés » de tare mentale, et qui, pour ceux là, permettraient de substituer à la peine un internement sous le régime de l’indétermination relative, et son contrôle par une commission de médecins et de juristes dont dépendrait la libération provisoire, le cas échéant suivie de réintégration. Cf. H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel*, 1947, Sirey, page 423, n°738, note 3.

<sup>89</sup> Robert Castel, « L’ordre psychiatrique », Minuit, 1976, page 287.

<sup>90</sup> M. Foucault, « L’évolution de la notion d’état dangereux dans la psychiatrie légale du XIXe siècle », 1978, *Journal of law and psychiatry*, vol. I pp. 1-18 et *Dits et écrits*, III, pp. 443-464.



« l'échec renouvelé et sans cesse signalé de l'appareil pénitentiaire » et la « demande sociale et politique de réaction au crime et de répression » qui soit « pensée en termes juridiques et en termes médicaux ».

La thèse de Foucault, c'est que si à cette époque l'anthropologie criminelle, « avec ses naïvetés radicales » semble avoir disparu au profit d'une « psychosociologie de la délinquance, beaucoup plus subtile, et bien mieux acceptable par le droit pénal », certaines de ses thèses n'ont pas disparu. Elles se sont, selon Foucault, « petit à petit ancrées dans la pensée et dans la pratique pénale » mais via une « mutation du droit », du « droit civil de la responsabilité », « autour de la notion d'accident, de risque et de responsabilité ». La responsabilité sans faute des civilistes introduit « dans le droit la notion de probabilité causale et de risque et faisait apparaître l'idée d'une sanction qui aurait une fonction de défendre, de protéger, de faire pression sur d'inévitables risques »<sup>91</sup>. Pour Foucault, « l'idée générale de la défense sociale telle qu'elle a été exposée par Prins au début du XXe siècle s'est formée par transfert à la justice criminelle des élaborations propres au nouveau droit civil. » L'effacement de l'école italienne, la constitution d'un relatif consensus autour d'une criminologie qui serait accessible pour le droit et d'une pénalité qui tiendrait compte du savoir criminologique tiendrait à ce qu'on venait avec la notion de risque de découvrir ce que Foucault appelle un « échangeur ». Le droit s'y retrouve en le raccrochant à la notion nouvelle de responsabilité sans faute et la psychiatrie y trouve l'idée d'une imputabilité sans liberté. L'état dangereux, la témibilité peuvent alors prendre leur envol. A la frontière et des échanges entre le savoir psychiatrique et l'institution judiciaire se constituent un domaine d'objets nouveaux, nous dit Foucault, un ensemble de concepts qu'il énumère rapidement : le passage d'une pénalité moderne qui, depuis Beccaria, ne donnait droit à la société sur les individus que par ce qu'ils font, à une pénalité qui donne à la société des droits sur l'individu à partir de ce qu'il est, « l'individu dangereux comme virtualité d'actes » dit Foucault. Certes, ajoute-t-il le droit pénal du XIXe s'est modulé non seulement à partir de ce que font les hommes, mais à partir de ce qu'ils sont ou de ce qu'on suppose qu'ils sont et une justice qui ne s'exercerait que sur ce qu'on fait n'est sans doute qu'une utopie et pas forcément désirable. Et Foucault de conclure : « Mais, depuis le XVIIIe siècle au moins, elle a constitué le principe juridico-moral qui régit la pénalité moderne. Il n'était pas question, il ne peut pas encore être question de la mettre d'un coup entre parenthèses. C'est insidieusement, lentement et comme par en bas et par fragments que s'organise une pénalité sur ce qu'on est : il a fallu près de cent ans pour que cette notion d'« individu dangereux », qui était virtuellement présente dans la monomanie des premiers aliénistes, soit acceptée dans la pensée juridique et au bout de cent ans si elle est bien devenue un thème central dans les expertises psychiatriques (en France, c'est de la dangerosité d'un individu, beaucoup plus que de sa responsabilité que parlent les psychiatres commis comme experts), le droit et les codes semblent hésiter à lui faire place<sup>92</sup>... Peut-être pressent-on ce qu'il y aurait de redoutable à autoriser le droit à intervenir sur les individus en raison de ce qu'ils sont : une terrible société pourrait sortir de là ».

Il me semble qu'en 1978, Michel Foucault, sans le savoir, décrivait exactement ce que Marc Ancel était en train de vivre et qui allait l'amener à modifier dans l'édition de 1981 son approche des mesures de sûreté. De sorte que si la *Défense sociale nouvelle* a échoué dans ses projets sur les délinquants anormaux mentaux et plus généralement à substituer une pénalité à une autre, c'est pour la meilleure des raisons : du côté des psychiatres, comme du côté des juristes, l'examen des conséquences concrètes de leur « loyale collaboration », de la création d'un régime pénal « à la fois disciplinaire et thérapeutique » apparut pour ce qu'elles portaient de danger. Quinze ans plus tard, la notion de « risque », l'échangeur de Foucault, investit, « par en bas et comme par fragments<sup>93</sup> » le

<sup>91</sup> L'analyse de Foucault rejoint évidemment ici les travaux de son assistant d'alors F. Ewald qui va publier en 1986, « L'Etat providence », Grasset.

<sup>92</sup> Citons-ici le texte complet : « la refonte du Code pénal qu'on prépare actuellement en France est tout juste parvenue à remplacer la vieille notion de démente qui rendait irresponsable l'auteur d'un acte, par les notions de discernement et de contrôle, qui n'en sont au fond que la notion à peine modernisée. »

<sup>93</sup> Car ce n'est pas en effet par la question des anormaux mentaux que resurgiront les notions de « risque » et de « dangerosité », mais tout à la fois par le dol éventuel et la mise en danger d'autrui, la multiplication des infractions-obstacles et formelles, infractions de risque et, bien entendu les régimes d'exception construit au nom du risque tel le terrorisme avant d'envahir la sphère du droit commun avec les lois sur la récidive et celle du 25 février 2008, aboutissant à la recomposition d'une autre

droit pénal et fit émerger notamment une autre pénalité. Mais ceci est une autre histoire, celle de notre présent.

1er juin 2009

---

pénalité. Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre contribution « La frénésie pénale » in « La frénésie sécuritaire » L. Mucchielli (dir.), La découverte, 2008.