

les notes électroniques de

LA FORGE

**LA PRÉSUMPTION DE DANGEROUSITÉ
ET LA FIGURE DU FOU DANGEREUX**

PAULINE RHENTER



www.la-forge.info

LA PRÉSUMPTION DE DANGEROUSITÉ ET LA FIGURE DU FOU DANGEREUX

Commentaire sur la loi de "rétention de sûreté"

PAULINE RHENTER

INTRODUCTION

La loi de rétention de sûreté prévoit des mesures dites de prévention de la récidive de criminels condamnés pour des actes très graves et modifie la procédure concernant l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Elle se réfère à la notion de dangerosité, ce qui interroge d'emblée la possibilité et la légitimité de l'enfermement; en associant dans le même texte deux questions très différentes (la dangerosité des auteurs d'actes délinquants graves et la responsabilité pénale des délinquants malades mentaux), elle méprise de surcroît l'invalidité du lien entre maladie mentale et délinquance, ce qui aggrave la stigmatisation que subit déjà cette catégorie de malades.

Sa teneur témoigne d'une évolution des fondements et critères des mesures de privation de liberté et révèle les enjeux plus généraux d'une reconfiguration du droit pénal. Tout d'abord, la justification première de la privation de liberté individuelle constitue un enjeu politique, dans les deux sens du terme – idéologique et public : sur quels motifs doit-on priver de liberté?

En second lieu, la question de la légitimité et du partage des responsabilités dans les mesures de privation de liberté individuelle, et avec elle, celle du rapport du responsable de ces mesures aux experts, se pose : qui doit priver de liberté ? De quelle marge de liberté dispose le responsable par rapport aux avis dits « experts » ?

Enfin, l'enjeu juridique du maintien de législations spécifiques à certaines catégories de populations pourrait s'énoncer ainsi : comment préserver l'égalité des citoyens devant la loi lorsque le droit commun souffre dans son principe de régimes d'exception susceptibles d'être élargis ? Dans quelle mesure le maintien ou à la création de législations dites « spéciales » interrogent les « politiques » de droit commun?

L'objet de cette contribution n'est pas de traiter de la gestion sociale de la dangerosité associée – indûment - à la maladie mentale. Il s'agit plutôt d'interroger la figure du « fou dangereux » en tant qu'elle est mobilisée par une politique qui réfère plus généralement à des discours dits experts pour identifier et surveiller des populations déviantes assimilées à des « classes dangereuses »¹, repérables au moyen d'outils

**politologue*

1. Cette expression est utilisée pour la première fois par l'Académie des sciences morales et politiques, à l'occasion du lancement d'un concours visant à rechercher les éléments dont se compose cette partie de la population qui forme une classe dangereuse par ses vices, son ignorance et sa misère » et « indiquer les moyens à employer pour améliorer cette classe dangereuse et dépravée ». Henri Frégier, chef de bureau à la Préfecture de la Seine, répond à ce concours par un volume de près de 900 pages publié en 1840, dans lequel écarte toute responsabilité majeure de l'organisation sociale et fait de la dépravation morale la cause génératrice du crime. Il propose in fine non des réformes sociales mais « un plan de perfectionnement moral du pays ». Des classes dangereuses dans la population des grandes villes et des moyens de les rendre meilleures (1840), Reprint Slatkine/Mégariotis, Genève, 1977.

confinant au fichage, objectifs chiffrés à l'appui². Certaines catégories de populations (les malades mentaux, les étrangers, les pauvres) se verraient dès lors « pénalisées » a maxima, ou « présumés dangereux » a minima, en face de leurs doubles inversés (les « entrepreneurs » bénéficiant de la dépenalisation du droit des affaires, les victimes de la délinquance, les victimes de discriminations, etc).

Est-ce à dire que l'actuelle loi de rétention de sûreté ne connaît pas d'antécédents, loin s'en faut. Ainsi, au XIX^{ème} siècle, la dangerosité des individus est au cœur d'un débat massif autour des criminels dits « d'habitude ». Le droit de punir est alors interrogé dans sa capacité à garantir la défense de la société contre des individus ne relevant ni de l'asile d'aliénés, ni de la prison, considérés comme des « anormaux sociaux ».

Les premières mesures de relégation de sûreté sont adoptées à la fin du XIX^{ème} siècle. La « relégation », instituée par la loi du 27 mai 1885, était initialement une peine complémentaire obligatoire pour les multirécidivistes consistant dans l'internement perpétuel en Guyane ou en Nouvelle Calédonie. Ce mode d'exécution de la relégation a pris fin avec la Deuxième Guerre Mondiale mais la peine, devenue facultative et de moins en moins appliquée, n'a été supprimée qu'en 1970³ : la relégation est alors remplacée par la « tutelle pénale »⁴ qui ne peut excéder dix ans à compter de l'expiration de la peine principale, et qui fut supprimée par la loi « sécurité et liberté » en 1980.

Quant aux divers projets de centres de rétention après la peine, ils s'inscrivent dans la lignée des mesures de sûreté prônées par le mouvement de la défense sociale né à la fin du XIX^{ème} siècle⁵. Plus récemment, en 1954, une commission nationale est formée pour mettre en forme un avant-projet de loi concernant « les délinquants anormaux mentaux » dans le contexte particulier du mouvement de la « défense sociale nouvelle »⁶, qui tend à substituer à la notion classique de peine rétributive celle de « mesure de sûreté ». Les partisans de la défense sociale nouvelle préconisent alors des mesures de sûreté en cas d'état dangereux de l'aliéné et proposent un système mixte prévoyant une détention dite de 'défense sociale' à caractère "médico-répressif" prononcée par le juge en lieu et place de la peine. Les juristes de l'époque partisans d'un tel système prônent en conséquence la création d'hôpitaux-prisons pour ces "demi-fous ou délinquants anormaux mentaux" qui relèvent "autant de l'hôpital que de la prison" : *"pour l'instant, ils ont une responsabilité atténuée : c'est une mauvaise solution et tout le monde souhaite un régime mixte médico-répressif combinant les peines et mesures de sûreté, établi à la fois dans le but de punir et celui de guérir, et auquel ils seraient soumis dans des établissements spéciaux qui tiendraient lieu à la fois d'hôpital et de prison"*⁷. En 1974, une commission du Ministère de la Justice élabore de nouveau un projet de loi sur "les délinquants anormaux mentaux"⁸.

La loi de rétention de sûreté s'inscrit donc dans une histoire plus longue des « projets d'enfermement pour état dangereux » et renoue avec une tradition révolue depuis 1980 puisqu'il légitime l'enfermement préventif (de la récidive) sur présomption de dangerosité, non *en lieu et place* de la peine

2. Cf. ici les développements de Serge Portelli dans Ruptures sur l'explosion du nombre de gardes à vue entre 2001 et 2006 (+57%), les instructions nationales et zonales donnés aux policiers sur les objectifs chiffrés à atteindre en termes d'interpellations, la multiplication des fichiers nominatifs existants ou en projet (Fichier Eloï sur les étrangers en situation irrégulière annulé par le Conseil d'Etat, l'immense fichier du système de traitement des infractions constatées légalisé par la loi n°2003 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, projet de fichier des hospitalisés d'office en psychiatrie du projet initial de la loi de prévention de la délinquance...).

3. Les rapporteurs de la commission des lois du Sénat relevaient alors : « après avoir passé une partie de leur vie en prison, les relégués n'ayant pas de responsabilité à prendre, finissent par y perdre toute personnalité. Livrés à eux-mêmes lors de leur sortie – il pouvait être mis fin à la relégation par une libération conditionnelle subordonnée à la justification par le condamné d'un emploi et d'un domicile – beaucoup d'entre eux sont incapables de se réadapter seuls au monde extérieur après des années passées entre les murs du pénitencier : on cite des cas de relégués ayant commis des crimes exprès pour être à nouveau condamnés et retrouver en prison la seule vie à laquelle ils étaient habitués ». La commission des lois au terme d'une mission à Saint-Martin-de-Ré en 1969 avait insisté sur la « nécessité de mettre fin au caractère indéterminé de la durée de la relégation, source de désespoir pour les intéressés qui ne peuvent entrevoir avec certitude la date de leur retour à la liberté ». Rapport n° 282 sur le projet de loi tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens par Messieurs Edouard le Bellegou et Marcel Molle, session ordinaire de 1969-1970.

4. Elle pouvait être prononcée au vu d'une enquête de personnalité et d'un examen médico-psychologique, à l'encontre des récidivistes pour crime ou délit (Personnes condamnées au cours d'une période de dix ans soit à deux peines criminelles, soit à quatre peines d'emprisonnement de plus de six mois pour certains délits). Elle devait s'exécuter soit dans un établissement pénitentiaire spécialisé, soit sous le régime de la libération conditionnelle.

5. cf. le projet « d'asile de sûreté pour l'internement des anormaux constitutionnels » : Paul Sérieux et Lucien Libert : De l'internement des anormaux constitutionnels : asiles de sûreté et prisons d'Etat, Archives d'anthropologie criminelle, de criminologie et de Psychologie Normale et pathologique ; Tome XXVII ; n° 221 ; mai 1912.

6. Ce mouvement naît dans les années 1950 en Italie (Philippe Gramatica), en France avec la doctrine de Marc Ancel - selon laquelle la rééducation passe par l'examen approfondi de la personnalité de l'individu délinquant - et en Belgique.

7. Pierre Bouzat et Jean Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, 1970, p. 331.

8. Il vise à réformer l'article 64 du Code Pénal qui ne prévoit pas la punissabilité des délinquants dont le discernement est altéré au moments des faits incriminés mais seulement le cas d'irresponsabilité pénale totale. La réforme du Code pénal de 1992 (application en 1994) modifie l'article 64 pour faire coexister deux cas : celui de l'irresponsabilité pénale et celui de la punissabilité avec circonstance atténuante pour discernement altéré en raison d'un trouble psychique. Dans les faits, cette circonstance jouera comme circonstance aggravante.

mais à la fin de son exécution.

Toutefois, Claude-Olivier Doron, chercheur spécialisé en histoire de la criminologie, indique que cette loi s'inscrit dans un mécanisme de gouvernement de la dangerosité relativement inédit qui prend appui sur une figure du criminel aliéné grevé de droits et de devoirs dont l'enfermement est moins légitimé par la défense de la société que la « thérapie de la victime ». Cette évolution tendrait à évacuer du débat criminologique la question de la responsabilité morale du sujet, question centrale au XIX^{ème} siècle, au profit d'une gouvernementalité faisant peser le risque d'erreur du pronostic de dangerosité sur le criminel plutôt que sur les victimes⁹.

Autrement dit, la rétention à durée indéterminée dans des établissements spéciaux d'individus jugés particulièrement dangereux est fondée sur l'acceptation d'une détention potentiellement arbitraire. Les experts requis à l'appui d'une telle décision ne doivent plus se prononcer plus sur la responsabilité d'un individu appelé à répondre d'un acte passé, mais sur sa propension future à accomplir des actes répréhensibles. La figure du « fou dangereux » serait dans un tel contexte une figure parmi d'autres.

9. Claude-Olivier Doron, chercheur au REHSEIS et au Centre Georges Canguilhem, communication au séminaire de recherche sur l'expertise psychiatrique, Paris, séance du 21 février 2008.

DE LA DÉSINFORMATION AUX AMALGAMES

La thématique de l'insécurité a pris une force particulière aux dernières élections françaises cependant que la recherche sociologique démontre l'écart entre l'obsession sécuritaire et les menaces objectives pesant sur les biens et les personnes dans notre société¹⁰.

Sans même entrer dans les débats de spécialistes sur la construction des indicateurs de la délinquance, la difficulté de comparer des données dans le temps en fonction des changements des catégories légales (création de nouvelles catégories d'infractions par exemple), d'une inflation des plaintes¹¹ ou des transformations des modes d'enregistrement des actes de délinquance, il suffit parfois de constater un écart étonnant entre les chiffres annoncés dans les médias et ceux produits par les services statistiques des Ministères eux-mêmes. On citera par exemple la faiblesse du phénomène de multi-récidive : sur 30 561 condamnations en récidive (soit 6% de l'ensemble des condamnations) en 2004, on compte 5% de première récidive, 0,9% de seconde récidive et 0,6% de troisième récidive¹².

Par ailleurs, le phénomène qui paraît souvent « échapper » aux médias est le caractère infondé de la représentation d'une croissance exponentielle de la violence physique¹³, l'extrême rareté de la violence gratuite et anonyme - la violence se déroule essentiellement dans le cadre de l'interconnaissance - la rareté de la criminalité de sang et la prédominance de la délinquance d'appropriation¹⁴. Au rang des types de délinquance largement sous-médiatisés, on trouverait la corruption, la délinquance routière, la délinquance d'affaires, la fraude fiscale, les atteintes au droit du travail, les atteintes à l'environnement et à la santé publique.

La figure du « fou dangereux » n'échappe pas à ce genre de « médiatisation sélective des faits de délinquance ». Ainsi, alors que « le risque de passage à l'acte violent est sensiblement identique dans la population des malades mentaux et dans la population normale »¹⁵, on ne compte plus les allusions dans la presse au meurtre des soignants de Pau de 2004, ni les préjugés de certains membres de la classe politique, qui ne sont pas exemptes des représentations ordinaires en la matière.

Que pensez alors des deux textes de loi (le projet initial de la Loi de prévention de la délinquance de 2006 et la très récente loi de rétention de sûreté), si ce n'est qu'ils confortent l'amalgame entre maladie mentale, délinquance et dangerosité en traitant pêle-mêle de l'hospitalisation psychiatrique sans consentement, de la responsabilité pénale des malades mentaux et de la dangerosité des criminels atteints de troubles graves de la personnalité ?

10. Robert Castel, *L'insécurité sociale, Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Seuil, La République des Idées, p. 22.

11. En matière de délinquance sexuelle, les formes de violence augmentent beaucoup dans les statistiques administratives depuis une vingtaine d'années (et concerne tous les âges). Cela signifie-t-il que les comportements sexuels se sont soudainement transformés dans la société française ? Ou bien cette augmentation des faits dénoncés aux autorités est-elle la conséquence d'une évolution de l'attitude des victimes et de leur entourage ? Il s'agit en effet d'un type d'agressions classiquement sous-déclarées et Beaucoup d'indices vont dans le sens de l'hypothèse principale d'une évolution des plaintes. Laurent Mucchielli, Rhizome, juillet 2006, « Lien social et insécurité : de quoi faut-il avoir peur ? » p 11-12.

12. Sous-direction du Ministère de la Justice, Statistiques 2005.

13. Rhizome, juillet 2006, « Lien social et insécurité : de quoi faut-il avoir peur ? » p 11-12.

14. « Du point de vue quantitatif, ce dont souffrent le plus nos concitoyens dans leur vie quotidienne ce ne sont pas des violences physiques. Depuis plus de trente ans, le cœur de la délinquance est constitué d'abord par les vols et les cambriolages », Laurent Mucchielli, « Misère du débat sur 'l'insécurité' » Hommes et libertés, 2002, n°118, pp. 46-49.

15. H. Häfner, W. Böker, in Th. Albernhe (dir.), 1997, *Criminologie et psychiatrie*, Paris, Ellipses, p. 58.

DE LA COMPRÉHENSION DES PHÉNOMÈNES DE DÉLINQUANCE À LA PRÉDICTION DE LA DANGEROUSITÉ INDIVIDUELLE

Lors des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi de prévention de la délinquance adoptée en février 2007, on a pu entendre le ministre de l'intérieur invoquer le fait que « chercher des explications à tout, c'est se préparer à tout excuser »¹⁶. On ne peut que s'inscrire en faux contre une telle vision d'une politique dite de « prévention » : on voit en effet assez mal sur quoi elle pourrait s'étayer, hormis des préjugés. Mais là n'est point notre propos principal. Il semble que le danger d'une politique maintenant la confusion entre la compréhension sociologique et l'excuse morale soit plus subtil.

Ce danger réside selon nous dans le glissement du « comprendre » vers le « prédire ». L'exigence minimale appliquée à la description des phénomènes de délinquance doit être complétée par la connaissance des enjeux liés à l'explication de la délinquance.

Plusieurs réserves, assumées par des chercheurs eux-mêmes, marquent certains travaux de sociologie de la délinquance. Tout d'abord, la population de référence étudiée est jugée, au sens légal du terme, « délinquante », ce qui empêche de caractériser macrosociologiquement les auteurs de tel ou tel type de délinquance. Nous prendrons deux exemples pour illustrer cela.

Une enquête menée sur les auteurs d'homicides dans un département de la région parisienne dans les années 1990 offre ainsi une grande représentativité de l'échantillon étudié au regard de la population globale des auteurs d'homicides. Ses principales conclusions placent au rang de facteurs favorisant l'homicide l'absence de ressources économiques, le poids des facteurs biographiques, familiaux et relationnels (instabilité conjugale, ruptures familiales, solitude, exclusion) mais les chercheurs indiquent que ces conclusions sont limitées par le fait que : « *ce cumul de handicaps et ces situations de désaffiliation se rencontrent de façon trop fréquente dans la population générale pour suffire à caractériser macrosociologiquement les auteurs d'homicides* »¹⁷.

Un exemple tiré de l'ouvrage *En quête de sécurité : Causes de la délinquance et nouvelles réponses*, est également instructif. Gilles Ivaldi, chargé de recherche CNRS à l'Institut d'Etudes politiques de Grenoble, indique dans un chapitre intitulé « Délinquance et usage de produits psychotropes » que la plupart des recherches conduites depuis plus d'une vingtaine d'années sur ce thème permettent d'établir empiriquement un ensemble de corrélations fortes entre toxicomanie et délinquance, mais réfutent cependant l'hypothèse d'une relation de causalité simple entre ces deux types de conduites »¹⁸.

Ces deux exemples ne valent pas démonstration mais signalent l'absurdité qui consiste à inférer un cas particulier à des statistiques rétrospectives du grand nombre. La présomption de dangerosité s'apparentant à un pronostic de conduite délinquante, on ne peut que conclure au danger d'assimilation entre « causalité » et « concomitance ».

Les biais théoriques du passage d'une probabilité populationnelle à un pronostic individuel ne sont en l'occurrence pas spécifiques au domaine de la délinquance : en matière de facteurs de risque en santé publique par exemple, on a pu pointer la véritable différence de nature entre le risque en général, au sein d'une population, comparé au risque chez un individu donné¹⁹.

Revenons maintenant à notre « figure du fou dangereux ». Le rapport publié en 2006 du député Jean-Paul Garraud, issu d'une mission parlementaire confiée par le premier Ministre sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, n'a de cesse de souligner la différence entre dangerosité psychiatrique et dangerosité criminologique, références scientifiques à l'appui.

16. Débats LPD 13 février- seconde lecture, Compte-rendu intégral des débats, Site internet du Sénat.

17. Pour autant, Laurent Mucchielli conteste l'attitude de certains criminologues qui refusent de prendre en considération les contextes sociaux pour ne s'intéresser qu'aux mobiles apparents des auteurs et aux circonstances du passage à l'acte délinquant. Laurent Mucchielli, *Population-F*, 59(2), 2004, 203-232. Notons tout de même que l'enquête est dans l'impossibilité de traiter les homicides échappant à toute poursuite, ce que précise l'auteur : crimes inconnus, meurtriers inconnus dans 20% des affaires criminelles poursuivies par les parquets en France entre 1986 et 1990, auteur non poursuivi comme criminel, violences correctionnalisées par la justice, décès du criminel au cours de la procédure.

18. Armand Colin (Ed.), 2003.

19. Cf. la communication de Sandrine Motamed, cheffe de clinique scientifique à l'Institut de médecine sociale et préventive de la Faculté de médecine Université de Genève (« Sick individuals, sick populations ») le 29 mai 2007 au Colloque « Ville et santé mentale » organisé par la Fédération des Sciences de la Ville à Paris.

Pourtant la lecture du passage suivant laisse sceptique :

« Il a notamment été rappelé qu'il convenait de distinguer strictement la dangerosité psychiatrique et la dangerosité criminologique. La différence de nature entre ces deux réalités doit avoir pour conséquence une différence de traitement des personnes présentant l'une ou l'autre forme de dangerosité. Bien sûr, la réalité est souvent plus complexe et il n'est pas rare qu'une même personne présente tout à la fois une dangerosité criminologique et une dangerosité psychiatrique. Dans un tel cas, ainsi que le prévoit la loi, le critère de distinction doit résider dans le degré de responsabilité pénale : alors que la personne irresponsable pénalement à raison d'un trouble mental relève d'une prise en charge médicale, celle dont la responsabilité pénale est totale ou simplement altérée relève de l'autorité judiciaire. Dans les deux cas cependant, indépendamment de la sanction de la culpabilité lorsqu'elle est possible – ce qui est exclu en cas d'irresponsabilité pénale – la société doit pouvoir se protéger du risque encouru par ses membres à raison de l'état de dangerosité de l'un d'entre eux et ce, quelle que soit la nature de cette dangerosité »²⁰.

L'ambiguïté quant au lien entre maladie mentale et dangerosité n'est pas anecdotique puisque les auteurs du rapport préconisent que les commissions d'évaluation de la dangerosité, certes pluridisciplinaires, soient présidées par un expert psychiatre. De là à déduire de la concomitance entre dangerosité criminologique et une dangerosité psychiatrique, il n'y a qu'un pas, franchi selon nous par les rédacteurs qui rappellent en conclusion leur volonté de « tirer les enseignements des faits divers » sans céder à la tentation de « légiférer dans l'émotion »²¹.

La compétence des professionnels de la psychiatrie sera donc requise malgré l'avertissement lancé en 1997 par Georges Lantéri-Laura, éminent et regretté psychiatre et historien, sur l'inaptitude fondamentale de la psychiatrie à formuler des pronostics de dangerosité sociale²²:

« la psychiatrie, dès qu'elle se trouve sollicitée, non plus de donner un avis sur l'éventualité de l'état de démence au temps de l'action ou sur la présence d'une pathologie mentale précise et avérée, mais de rendre compte d'une grande partie des conduites d'infraction, se retrouve devant un dilemme : mesurer lucidement les limites de son savoir et de son savoir-faire, faute d'explications rationnelles fondées sur des connaissances effectives ou bien dépasse ce qu'elle sait, allant vers un usage sans critique de l'analogie et de l'à-peu-près, c'est-à-dire, au bout du compte, vers un croire savoir et faire croire que l'on sait infiniment préjudiciable à la vérité et à la déontologie »²³.

Par ailleurs, il n'est point besoin d'anticiper le recours futur à l'expertise psychiatrique de dangerosité pour se convaincre de la relativité des expertises : il suffit d'observer le débat qui agite le monde psychiatrique depuis de nombreuses années au sujet de sa capacité à établir une correspondance entre des diagnostics médicaux et des degrés de capacité à consentir aux soins²⁴. En effet, une telle correspondance, implicitement validée par la possibilité légale d'obliger une personne à une hospitalisation psychiatrique²⁵, revient à présupposer que la personne atteinte de trouble mental qui refuse les soins est incapable de consentir en raison de ses troubles, ce qui n'est en réalité ni systématique ni permanent dans le temps²⁶.

20. C'est nous qui soulignons. Rapport sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, 2006, p. 100

21. Ibid, p. 175

22. Environ 800 psychiatres, sur les 13000 psychiatres exerçant en France, sont experts auprès des tribunaux. Ils réalisent différents types d'expertise : expertise de garde à vue, pré-sentencielle (obligatoire pour certaines infractions ou populations), ou post-sentencielle dans le cadre du suivi socio-judiciaire, ou expertise des victimes (personnalité, crédibilité des déclarations, traces d'un choc récent, répercussions et traumatismes, etc).

23. Albernhe Th. (dir.), *Criminologie et psychiatrie*, Paris, Ellipses, 1997, p. 114.

24. Claire Gekièrre, "Comment le consentement vint au malade mental", *Raison présente*, n°144, 2003.

25. A contrario, l'hospitalisation ne peut être imposée en soins somatiques hormis les cas de représentation de la capacité juridique (mineurs et incapables majeurs sous régime tutélaire ou urgence vitale). On note ici que la catégorie « personnes atteintes de troubles psychiatriques » n'est pas du même type que la catégorie purement juridique « des incapables majeurs », la seconde ne pouvant stigmatiser un groupe dit homogène de personnes.

26. La loi française encadrant les hospitalisations psychiatriques sans consentement laisse en outre en suspens la question de la distinction entre traitement et hospitalisation involontaires. Au niveau européen, cette ambiguïté subsiste : en effet, le 12 avril 1994, suite à la Recommandation 1235 relative à la psychiatrie et aux Droits de l'Homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres a créé un Groupe de travail sur la psychiatrie et les droits de l'homme, organe subordonné du Comité directeur pour la bioéthique qui estime que "même si le patient a été placé involontairement, la présomption de capacité de décider de son propre traitement prévaut, à moins que l'état d'incapacité de décider de son propre traitement ne fasse partie des critères juridiques du placement", "Livre blanc" sur la protection des Droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, en particulier de celles placées comme patients involontaires dans un établissement psychiatrique, Comité directeur pour la bioéthique (CDBI), Réunion 701, 8 mars 2000 10, Questions juridiques, 10.1.

LE TEMPS DES RÉGIMES D'EXCEPTION OU LA NÉCESSITÉ DE GARANTIR L'ÉGALITÉ EN DROIT

Jusqu'ici, notre développement a tenté de souligner l'impossibilité d'étayer rigoureusement les critères discriminants des « catégories de la dangerosité ». Une telle tentative demeure largement insuffisante. En effet, quand bien même le pronostic de dangerosité serait possible, cela ne suffirait pas à le légitimer. Car la question cruciale, qui est bien de l'ordre du débat politique, est celle de la légitimité de « l'enfermement préventif », et en creux, celle du bien fondé des régimes liberticides d'exception.

La justification avancée en général à l'appui de mesures privatives de liberté dans des conditions exorbitantes du droit commun est celle d'un danger, d'une urgence ou des deux à la fois. Ces deux notions sont sujettes à de multiples interprétations : les critères du danger et de l'urgence peuvent en effet relever de registres différents, telles la santé ou la sécurité.

Nous proposerons ici de livrer ici quelques réflexions issues d'une recherche-action à laquelle nous avons participé, commanditée par la Délégation Interministérielle à la Ville et menée avec des élus locaux par l'équipe de l'Observatoire National Santé mentale et Précarité en 2005-2006. Il s'agissait notamment de comprendre les pratiques de l'hospitalisation psychiatrique d'office initiée par les maires.

D'après la loi française (en dehors de Paris), le préfet, et en cas d'urgence le maire, peut faire hospitaliser une personne « dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »²⁷. Le peu de contrainte imposé au maire (l'avis médical n'est pas obligatoire) qui prend une telle décision tient au fait que sa décision est provisoire et doit intervenir en un temps court, à charge pour lui de justifier *a posteriori* sa décision s'il devait être inquiété. D'où la possibilité légale de se passer d'avis médical.

Dans les faits, depuis que la loi est libellée comme telle, la procédure dite d'urgence est devenue prédominante. Par ailleurs, l'usage de cette procédure est apparue de plus en plus en décalage voire en contradiction avec l'esprit du législateur. Ainsi, on a vu des décisions d'hospitalisation d'office motivées par la seule nécessité de soins en dehors de tout danger avéré pour autrui²⁸ : l'hospitalisation d'office est, selon ses décideurs, justifiée par une rupture, un refus de soins ou sur le registre de l'assistance à personne en danger, quand elle n'est pas purement et simplement décidée en raison de l'absence d'un proche susceptible de faire hospitaliser la personne²⁹. La décision préfectorale d'hospitaliser d'office en psychiatrie un sans domicile fixe dans le cadre du plan Grand Froid est de ce point de vue caricaturale³⁰.

Pour résumer, on dira que la loi indique des conditions restrictives dans lesquelles l'hospitalisation psychiatrique d'office est légitime, et des conditions moins restrictives pour la justifier dans l'urgence. Dans les faits, la procédure d'urgence est devenue la règle et les garanties définies initialement pour encadrer lourdement une décision gravement attentatoire à la liberté individuelle et largement stigmatisante sont peu effectives.

27. En cas de « danger imminent pour la sûreté des personnes, attesté par un avis médical ou, à défaut, par la notoriété publique », le maire peut faire hospitaliser une personne dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes », à charge pour le préfet de confirmer sa décision en maintenant la personne hospitalisée sans son consentement. Voir les articles L3213-1 et L 3213-2 du Code de la santé publique.

28. L'illégalité de l'HO motivée par la nécessité de soins a pourtant été consacrée par une décision judiciaire en 1989 d'après laquelle « le recours au placement d'office n'est pas un substitut à une carence ou, en l'espèce, à une difficulté passagère de communication entre un suivi médical et un patient mais un mode d'action particulier pour soustraire un individu à raison de sa dangerosité pour les autres ou, éventuellement, pour lui-même à raison des conséquences pour les autres ». Trib. gr. inst. Libourne 15 juin 1989; le Ministère public s'était étonné de l'usage du placement d'office pour faire suivre un traitement d'office.

29. C'est un autre « mésusage de l'hospitalisation d'office » décidée en l'absence d'un trouble à l'ordre public, essentiellement parce que personne ne s'est porté tiers pour signer ce que la loi appelle une « hospitalisation sans consentement à la demande d'un tiers », qui est légalement justifiée par la seule nécessité de soins psychiatriques constants en milieu hospitalier. Bien souvent, la réticence des familles à faire hospitaliser en psychiatrie un proche explique la difficulté à organiser une hospitalisation sans consentement en l'absence de « danger imminent » au sens de la loi. C'est alors le maire ou ses adjoints qui sont sollicités: l'HO « à défaut de tiers » intervient donc parfois en dehors des cas de dangerosité prévus par la loi. C'est le cas pour des personnes très isolées, ou lorsque les proches de la personne malade ne veulent pas endosser la responsabilité « d'interner ». Enfin, l'hospitalisation d'office en dehors d'une pathologie psychiatrique est le troisième cas de figure jugé en « décalage » avec la loi.

30. Durant l'hiver 2005/2006, la presse a ainsi relayé plusieurs cas d'hospitalisation préfectorale directe à l'égard de personnes sans domicile fixe, motivées par les risques liés au froid. De nombreux élus locaux ont vivement critiqué cette pratique, jugée alarmante du point de vue des libertés individuelles. Loin de contester la nécessité d'agir sur le registre de l'assistance à la personne en danger, ces élus ont dénoncé l'aspect inapproprié du mode d'entrée psychiatrique dans le soin. Plus généralement, ce type de pratiques pose le problème du fondement des soins somatiques contraints.

Il ne s'agit pas ici de désigner des coupables et de dénoncer de telles pratiques, d'autant qu'elles sont souvent déployées sur le registre de la protection sanitaire (comment supporter de laisser un malade atteint de troubles psychiatriques en rupture de soins mourir chez lui de solitude et d'incurie ?), mais de comprendre que ce décalage entre l'esprit de la loi et sa pratique pointe en creux les défaillances du système de l'accès aux soins de droit commun et la rupture d'égalité entre les citoyens devant le refus de soins³¹.

A notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence qui ait condamné un élu, ni même une administration, pour non assistance à personne en danger dans le cadre de l'hospitalisation psychiatrique sans consentement. Il existe en revanche des mises en cause de la responsabilité préfectorale pour des personnes ayant commis des actes délinquants contre des biens ou des personnes, qui avaient été signalées sans que l'administration ne soit finalement intervenue. La non assistance à personne en danger n'est donc pas reconnue comme principe d'action légitime du pouvoir préfectoral ou municipal.

Et nous pensons que c'est là que le débat politique doit intervenir : à partir de quel moment considère-t-on que la protection sanitaire passant outre le consentement du patient est légitime ? Doit-on autoriser le « droit d'ingérence sanitaire individuel » ? Pourquoi s'appliquerait-il aux seules pathologies psychiatriques ? Faut-il prôner une distinction stricte entre dangerosité et nécessité de soins, plus respectueuse des libertés et moins stigmatisante ?

Sur ce dernier point, le choix opéré par certains pays européens sont éclairants quant à l'intérêt de dissocier la question de la dangerosité sociale et celle de la nécessité de soins psychiatriques, voire de la nécessité de soins tout court³².

Nous espérons que ce détour par les pratiques d'hospitalisation d'office en psychiatrie servira une réflexion plus large sur la généralisation des mesures attentatoires à la liberté légalement motivées par le « danger » et/ou « l'urgence ».

Nous avons vu en matière de psychiatrie que l'hospitalisation d'office remplissait une double fonction : rétablir les soins pour une personne isolée, rétablir momentanément la paix sociale d'un immeuble ou d'un quartier. Cette fonction concrète doit questionner en creux les moyens humains, organisationnels et légaux destinés à remplir ces fonctions en amont du trouble éventuel à l'ordre public ou du risque suicidaire aigu. Force est de constater que l'hospitalisation psychiatrique d'office comble un vide, qui impose de questionner la légitimité et les conditions de possibilité d'un espace de prise en charge de la santé en dehors des situations de trouble à l'ordre public, d'urgence et/ou de consentement aux soins.

La rétention de sûreté, qui s'applique explicitement aux détenus en fin de peine qui n'ont pas bénéficié de la prise en charge et des soins adaptés, pose le même type de problème: faut-il accepter que la prison soit un « temps mort » selon l'expression de Robert Badinter³³ ? Est-il acceptable que la création de régimes d'enfermement soit une façon d'assumer explicitement les déficits du droit commun ?

31. En effet, à l'heure où les droits des patients connaissent une reconnaissance croissante (cf. la loi du 4 mars 2002 sur les droits des patients), ces cas de figure interrogent la légitimité d'un droit d'ingérence sanitaire. D'une part, la non intervention par la contrainte publique, au nom de la loi, revient à légitimer l'abandon (doit-on laisser les personnes « libres de mourir » ?); d'autre part, l'idée d'hospitaliser de force toutes les personnes malades qui se mettent en danger ou mettent en danger autrui remet sérieusement en cause le droit au refus de soin mais plus généralement la liberté individuelle.

32. En Espagne par exemple, le droit de l'hospitalisation contrainte est intégré au code civil et lié à l'incapacité civile de la personne: le juge autorise l'opportunité de l'hospitalisation contrainte dès lors qu'il constate l'incapacité de la personne à consentir au traitement envisagé, sans obligation de tenir compte d'une urgence ni d'un danger pour la sûreté des personnes ou pour l'ordre public (Article 211 du Code civil espagnol). Pour une présentation plus détaillée, voir Philippe Bernardet, Thomas Douraki, Corinne Vaillant, Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe, Erès, 2002, pp. 62-68. En Italie, il existe un « traitement sanitaire obligatoire » justifié lorsque « la nature du trouble mental nécessite des interventions thérapeutiques d'urgence, si le malade refuse de soumettre au traitement et si les conditions et les circonstances ne permettent pas de prendre à temps les mesures sanitaires extra-hospitalières opportunes et appropriées » (Loi 180 de 1978, article 2).

33. Le Monde, 23 février 2008

LA CONSTRUCTION DE POPULATIONS CIBLES PAR LES POLITIQUES PUBLIQUES : LES RISQUES D'ASSIGNATION IDENTITAIRE ET DE NATURALISATION DES INÉGALITÉS

Que le droit produise des catégories de populations auxquelles il s'applique n'apparaît pas en tant que tel problématique³⁴ : il s'agit plutôt de questionner la manière dont sont produites ces catégories et de veiller à ce qu'elles empruntent le moins possible l'allure de stéréotypes hérités d'un sens commun sans rapport avec la réalité sociale.

Les paradoxes du développement de l'Etat social sont souvent décrits selon deux types d'interprétations: soit la dimension préventive de tout Etat social est analysée comme comportant en elle-même des risques d'assignation identitaire liés à la construction de populations dites à risque – autrement dit, les populations vulnérables seraient dans le même temps désignées comme potentiellement dangereuses et leur gestion s'apparenterait à la gestion des risques « sociaux » ; soit on explicite un processus de réorientation relativement récent (ou qui resurgit) de l'action publique, qui aurait « glissé » d'une posture empathique envers des populations victimes ou en échec d'intégration à une posture défiante envers des populations jugées vulnérables. Anne-Françoise Volponi³⁵, sociologue, décrit ainsi les effets néfastes de la mise en catégorie institutionnelle des populations auxquelles sont destinées les politiques publiques :

« Le manque d'explicitation des processus sociaux subis par les populations fragiles, cette moins value de connaissance qui autorise la désignation de certaines populations comme menaçantes ou déviantes, prive les acteurs sociaux de l'accès informationnel à des expérimentations sociales, ressources probables de novation pour l'intégration de la société. Les effets de mise en catégorie institutionnelle des populations auxquelles sont destinées les politiques publiques peuvent donc conduire à une banalisation des stigmates sociaux particulièrement pénalisante pour lesdites populations et invalidante a priori pour les essais de mise en place de réponses socio-politiques qui ne devraient pas être calibrées aux entours des représentations collectives ainsi négativement abondées, mais ajustées aux variations de « la chose sociale » vécue par les publics »³⁶.

Le risque inhérent à la construction de populations cibles bénéficiaires de législations exorbitantes du droit commun résiderait donc moins dans la qualité « spéciale » du droit que dans sa justification : le danger provient de l'intégration au corpus légal « d'items classificatoires rarement passés au tamis de l'analyse critique »³⁷. En outre, la superposition des différentes « populations cibles » de plus en plus spécifiques contribue à individualiser le problème au point d'occulter totalement la dimension structurelle des problèmes sociaux.

Tout droit exorbitant est ainsi particulièrement vulnérable à la perméabilité de l'exercice de catégorisation aux représentations collectives ordinaires, qui confinent souvent au moralisme. Saül Karsz, philosophe et sociologue, fournit un exemple frappant en la matière : considérant que la méta-catégorie "d'exclusion", surdéterminée, polysémique et pseudo-apolitique, est une catégorie morale, suggère de la dénaturiser pour faire émerger la possibilité même de sa problématisation, caractériser la causalité historique complexe de ses usages et rendre visibles ses implicites idéologiques³⁸.

34. On ne peut nier en effet que la création de certaines catégories juridiques ont eu des effets émancipateurs, pourvu qu'elles aient vocation à disparaître sous l'effet de politiques publiques visant à réduire les inégalités sociales.

35. Institut catalan de recherches en sciences sociales (ICRESS), Université de Perpignan.

36. Françoise Volponi, « Éléments de réflexion sociologiques sur un processus de 'détermination sociale' », La fabrique de populations problématiques par les politiques publiques, Colloque international, Nantes, juin 2007.

37. Ibid.

38. Saül Karsz, *Déconstruire le social*. Paris, Dunod, Pratiques sociales, 2000, pp. 102-168.

CONCLUSION : DEDUIRE LE DROIT DU FAIT, UNE IMPASSE !

Serge Portelli, magistrat, dénonce dans ses ouvrages récents³⁹ la déconstruction progressive de principes démocratiques et républicains que l'on croyait acquis (séparation des pouvoirs, non rétroactivité des lois, atténuation de la responsabilité pénale des mineurs, respect de la vie privée, individualisation de la peine, présomption d'innocence, droit d'asile...). Nous considérons pour notre part que ce phénomène procède d'une conception selon laquelle il est possible et souhaitable de déduire le droit du fait. Nous avons tenté de montrer en quoi l'on ne peut ni l'on ne doit enfermer sur présomption de dangerosité.

Plus généralement, il s'agit de lutter contre une triple illusion: celle qui postule l'univocité de l'expertise, voire de la science, appliquées à la réalité sociale, celle qui nie le statut du politique, en tant qu'il organise un espace de confrontation de valeurs concurrentes, celle qui renonce à faire du droit une garantie future contre les potentialités de l'absolutisme d'Etat⁴⁰.

39. Serge Portelli est l'auteur de *Récidivistes* (Grasset, 2008), du controversé et censuré « Ruptures », de *Nicolas Sarkozy : une République sous haute surveillance* (L'Harmattan, 2007), du *Traité de démagogie appliquée* (Michalon, 2006), et de *Le Droit des victimes* (Daloz, 2003).

40. Nous souscrivons en ce sens à la mise en garde de Robert Castel selon lequel la thématique de l'insécurité traduit un rapport à l'Etat intrinsèquement contradictoire : « *L'Etat de droit ne peut que décevoir la demande de protection totale car la sécurité totale n'est pas compatible avec le respect absolu des formes légales* ». Robert Castel, *L'insécurité sociale, Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Seuil, La République des Idées, p. 22.