

Études juridiques comparatives et internationalisation du droit

M^{me} Mireille DELMAS-MARTY, professeure

COURS : LIBERTÉS ET SÛRETÉ DANS UN MONDE DANGEREUX

Le point de départ de ce cours est la loi française relative à la rétention de sûreté, adoptée le 25 février 2008, qui permet de maintenir un condamné en détention, après exécution de sa peine, pour une durée d'un an, renouvelable indéfiniment, sur le seul critère de sa dangerosité.

Préparée depuis quelques années par une succession de lois sur la récidive, la rupture est ainsi consacrée dans la relation entre culpabilité, responsabilité et sanction, au risque d'une déshumanisation du droit pénal et d'une radicalisation du contrôle social qui remettent en cause l'État de droit.

Comment en est-on arrivé là ? La réponse est beaucoup plus complexe que ce qu'en laisse apparaître le seul débat interne, caricaturé en « droite répressive » et « gauche permissive ». En effet, de nombreux pays semblent évoluer dans la même direction : c'est le cas des États-Unis, surtout depuis les attentats du 11 septembre 2001, mais aussi de la plupart des pays européens. À commencer par l'Allemagne, où l'internement de sûreté, introduit par une loi de 1933, est l'une des rares institutions de la période hitlérienne qui subsistent encore. Presque tombé en désuétude, cet internement de sûreté, qui a inspiré le législateur français, connaît en Allemagne une véritable renaissance depuis quelques années. Et le droit international n'est pas en reste, qu'il s'agisse des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, ou des décisions-cadres au sein de l'Union européenne.

Au vu de ces évolutions apparemment convergentes, l'hypothèse semble plausible d'un effet indirect des attentats du 11 septembre 2001 qui auraient en quelque sorte libéré les responsables politiques, symboliquement et juridiquement, de l'obligation de respecter les limites propres à l'État de droit ; et ainsi déclenché, par une série d'ondes de choc, des mouvements qui sont d'autant moins contrôlables

qu'ils relèvent pour une large part des interdépendances liées aux phénomènes d'internationalisation du droit.

C'est l'occasion de vérifier à quel point l'enchevêtrement des espaces normatifs (nationaux, européens et mondiaux) contribue à l'incertitude des réponses juridiques car il favorise tout à la fois les dérives et les résistances ; il aggrave certains problèmes mais amorce aussi de nouvelles réponses. Encore faut-il éviter que l'incertitude de ces réponses ne cache la réalité des dangers, car elle n'est que le reflet des incertitudes plus profondes de notre temps quant aux choix, le plus souvent implicites, qui sous-tendent tout système de droit.

Dangers pour les personnes et transformations du contrôle social, puis dangers pour les États et mutations de l'État de droit, enfin dangers pour la planète et fluctuations de l'ordre mondial, c'est par un élargissement progressif de l'angle de vue que le cours s'est efforcé d'explicitier des choix qui semblent hésiter entre une vision anthropologique guerrière ou humaniste, une conception politique autoritaire ou libérale, enfin un ordonnancement juridique souverainiste ou universaliste.

Dangers pour les personnes et transformations du contrôle social

Dans la perspective nationale, qui ouvre la première partie, la peur des catastrophes et autres dangers dits naturels est sans doute l'un des premiers facteurs de cohésion sociale. En revanche, la peur de l'autre, délinquant ou déviant, peut conduire, si l'on n'y prend garde, au repli, voire à la désintégration du lien social.

Ce n'est évidemment pas le contrôle social en lui-même qui pose problème, car l'insécurité est une réalité quotidienne que les États ont le devoir de combattre. Ce qui pose problème, c'est le développement, jusque dans les démocraties occidentales, d'une culture de la peur qui produit une double perturbation : d'une part, elle déforme la réalité car elle est sélective dès lors que le discours politico-médiatique choisit les formes d'insécurité sur lesquelles l'attention (et la peur) des citoyens devront se focaliser, au détriment d'une compréhension générale, intégrant, dans leur complexité, les divers aspects de la sécurité humaine ; d'autre part, elle durcit le contrôle social car elle appelle à encore et toujours plus de protection et de sécurité, au risque de sacrifier les libertés individuelles.

Or, les statistiques montrent que ce durcissement a peu d'effets sur une criminalité qui semble inhérente à toute société humaine, un « fait de sociologie normale » disait Durkheim. Toute la difficulté est de savoir comment la combattre, en ces temps où, camouflant son impuissance par un véritable déferlement compassionnel, la politique pénale prétend éradiquer le crime et supprimer jusqu'au risque de crime.

Au nom d'un principe de précaution étrangement transposé du droit de l'environnement au droit pénal, on en vient à l'abandon de la rationalité pénale traditionnelle, dite moderne, qui, dans le prolongement des Lumières, s'était inscrite au cœur du discours officiel. Cette rationalité relevait sans doute du mythe, mais elle se donnait, au moins comme idéal, l'objectif de responsabiliser le

délinquant. Elle plaçait le libre arbitre au cœur de la responsabilité pénale, refusait de séparer peine et mesure de sûreté et s'efforçait d'exclure les formes extra-pénales d'internement administratif et d'encadrer la surveillance policière.

C'est cet idéal que les attentats du 11 septembre 2001 ont abattu en même temps que les tours jumelles de Manhattan. Certes, les pratiques répressives avaient commencé à s'en écarter bien avant le 11 septembre, mais c'est dans la période postérieure que les États-Unis, au nom de la guerre contre le terrorisme, vont adopter une batterie de nouveaux dispositifs, préventifs et répressifs, qui transforment tout individu qualifié de dangereux en ennemi à neutraliser et seront partiellement transposés aux autres pays, y compris en Europe et notamment en France.

Risquant de conduire vers la *déshumanisation du droit pénal* et la *radicalisation des procédures de contrôle*, pénales et extra-pénales, une telle transformation invite à approfondir la *signification anthropologique* d'un contrôle social qui oscille entre un pôle humaniste (le criminel reste un être humain que la sanction doit contribuer à humaniser c'est-à-dire à élever au dessus de lui-même en le rendant responsable de ses actes, tout en respectant sa dignité) et un pôle guerrier (le criminel, réel ou potentiel, est un ennemi dangereux qui, tel un animal, doit être neutralisé).

La « déshumanisation » du droit pénal

Le terme ne désigne pas seulement ici la forme extrême de la torture, mais des formes plus insidieuses, et néanmoins pernicieuses car elles sont présentées au nom du réalisme et de la protection sociale. Certes, la vision humaniste qui sous-tend le droit pénal moderne avait déjà été remise en cause, au nom de l'efficacité pratique, par l'école positiviste, née en Italie au XIX^e siècle, dont l'influence a marqué non seulement les régimes totalitaires du début du XX^e siècle, mais aussi certains pays démocratiques. La France, toutefois, n'avait pas connu de lois de défense sociale (sauf une loi de 1954 sur les alcooliques dangereux qui ne fut guère appliquée) et le code pénal de 1994 avait refusé de séparer peines et mesures de sûreté, privilégiant la dénomination de « peines », non seulement parce qu'elles sont ressenties comme telles par le condamné, mais encore pour éviter les dérives sécuritaires. Pourtant la tentation renaît à présent, au nom de la défense de la société et de la protection des victimes potentielles, d'un contrôle social fondé exclusivement sur la dangerosité, au risque de bouleverser tout à la fois la notion de responsabilité et celle de sanction.

S'agissant de la responsabilité, la loi de 2008 permet d'une part de retenir en prison, en raison de leur dangerosité, des condamnés ayant purgé leur peine, c'est-à-dire de détacher la dangerosité de la culpabilité ; d'autre part de juger des malades mentaux qui étaient auparavant déclarés irresponsables, c'est-à-dire de juger pour leur culpabilité matérielle des personnes auxquelles la faute ne peut être moralement imputée.

Ce sont les deux faces d'un même discours qui, destiné à apaiser les victimes et à rassurer l'opinion, aboutit à vider la responsabilité pénale de toute signification : prise entre une dangerosité sans culpabilité, et une culpabilité sans imputabilité, la responsabilité pénale abandonne tout lien avec le libre arbitre et perd ainsi sa fonction d'instituer l'homme, de l'élever au dessus de sa condition biologique en humanisant l'animal qui se cache en chacun de nous.

La dangerosité n'est pas un concept nouveau, mais ce qui est nouveau, c'est d'en faire un concept détaché de l'infraction pénale légitimant, après exécution de la peine, d'abord des mesures de surveillance puis, avec la rétention de sûreté, un véritable enfermement de durée indéterminée. Le seul lien entre cette dangerosité et l'infraction pénale tient au fait qu'une peine a été précédemment prononcée et exécutée pour une infraction faisant partie d'une liste qui, élargie très au-delà des seules infractions sexuelles, laisserait présumer la dangerosité de l'auteur. Certes, la loi française de 2008, comme la loi allemande dont elle s'inspire, semble offrir une base légale, mais cette légalité n'est qu'apparente car on voit mal comment établir et contester la preuve, s'agissant de la dangerosité dite criminologique, qu'on tente en vain de distinguer de la dangerosité psychiatrique.

Michel Foucault, dans son cours de 1974-75 sur les anormaux, soulignait déjà que l'expertise médico-légale allait servir d'échangeur entre catégories juridiques et notions médicales ; « un échangeur qui fonctionne d'autant plus fort qu'il est épistémologiquement plus faible ». Il ajoutait, de façon prémonitoire : « c'est à l'individu dangereux, c'est-à-dire ni exactement malade, ni exactement criminel, que s'adresse cet ensemble institutionnel », et même à l'individu « éventuellement dangereux ». En séparant l'approche criminologique de l'approche psychiatrique, la loi ne fait que renforcer ce jeu de la légitimation réciproque entre pouvoir et savoir, pouvoir judiciaire et savoir médical et criminologique.

Près de quarante ans plus tard, un double glissement – du criminel au criminel potentiel, puis de celui-ci aux populations à risque –, ouvre largement la voie d'une déshumanisation que révèle déjà le vocabulaire emprunté à la dangerosité des choses. Des termes comme le principe de précaution invoqué face au risque de récidive, ou la « traçabilité » pour justifier la surveillance électronique, suggèrent la métamorphose de l'être humain en objet dangereux, objectivation au sens littéral. À l'inverse, la loi de 2008 permet de déclarer la culpabilité de personnes auxquelles l'absence de discernement semble exclure d'imputer une faute.

Tout se passe comme si les nouveaux dispositifs (dangerosité sans culpabilité, culpabilité sans imputabilité) étaient moins le résultat d'une réflexion sur la signification du droit pénal et de la responsabilité pénale, qu'un substitut pour camoufler l'incapacité du système pénal à réduire l'écart entre les objectifs de la sanction et les conditions de son exécution.

C'est en effet la conception même de la sanction qui est remise en cause dès lors que l'objectif de la lutte contre la récidive, placé au centre de la politique pénale, conduit,

d'une part, à affaiblir, au motif d'un prétendu laxisme des juges, le principe de l'individualisation des peines et, d'autre part, à promouvoir, dans le prolongement du concept de dangerosité, l'autonomisation des mesures de sûreté.

Sans doute la sanction pénale ne s'est jamais limitée à la fonction juridico-morale de rétribution de la faute, la doctrine attachant à la peine une fonction à la fois morale (rétribution de la faute) et utilitaire (réadaptation sociale, mais aussi exemplarité et intimidation, voire élimination). Mais face à une criminalité dont les formes les plus dures semblent résister à toute contrainte, la fonction, dite utilitaire, de protection de la société devient pleinement autonome et cette autonomisation, qui autorise l'application immédiate des « mesures de sûreté », va permettre au législateur d'abandonner la politique pénale traditionnelle (culpabilité/punition) au profit d'une politique ouvertement sécuritaire (dangerosité/neutralisation) préfigurant un système dualiste qui évoque les pires moments de l'histoire.

Ce système est pourtant accepté comme une évidence par le Conseil constitutionnel qui admet, à partir de 2005, l'autonomie des mesures de sûreté. S'il est explicite sur les objectifs des mesures de sûreté (prévention et non répression), il ne dit pas grand chose sur les peines, ni sur la dénaturation de l'expertise, qui marque pourtant un pas vers la radicalisation des procédures de contrôle.

La radicalisation des procédures de contrôle

Elle comporte trois aspects.

D'abord, la dénaturation de l'expertise, qui commence avec les lois contre la récidive, mais se trouve considérablement accentuée par la loi de 2008. Pour évaluer la dangerosité, il a fallu élargir la mission de l'expert du diagnostic – déjà malaisé – de dangerosité à un véritable pronostic de récidive et doubler les experts traditionnels (psychiatres ou psychologues spécialistes d'une branche du savoir) de « commissions pluridisciplinaires d'évaluation de la dangerosité » au profil incertain. Dites *sui generis* car trop hétérogènes pour être qualifiées d'experts, elles comprennent en effet non seulement un psychiatre et un psychologue, mais aussi un avocat, un représentant des victimes, un président de chambre à la cour d'appel, le directeur des services pénitentiaires, et le préfet de région.

Derrière la lourdeur et l'opacité de ces procédures, la confusion avec la dangerosité psychiatrique liée à la maladie mentale entretient l'illusion qu'il existerait un savoir permettant d'évaluer une « dangerosité criminologique », pourtant dénuée de fondement scientifique, et qu'il suffit, pour prédire le comportement futur d'un individu, d'ajouter à un examen clinique peu efficace des statistiques trop générales pour être performantes. Et comme il faut nourrir les évaluations des commissions mixtes, on en viendra à généraliser les fichiers.

La généralisation des fichiers et bases de données personnelles est d'abord quantitative : en décembre 2008, le « Groupe de contrôle des fichiers de police et de gendarmerie » a recensé quarante-cinq fichiers en France et noté l'accélération du taux de

progression entre 2006 et 2008 : de trente-quatre à quarante-cinq fichiers, soit un ajout de onze fichiers en deux ans, sans compter la douzaine de nouveaux fichiers en préparation ! Mais elle est aussi qualitative. À mesure que les nouvelles technologies de surveillance se font de plus en plus intrusives, et que se développent la surveillance des personnes par les données (*dataveillance*), voire l'identification automatisée des suspects par extraction de données, s'annonce l'avènement d'une culture de la surveillance quasi généralisée.

Si aucun pays démocratique n'est préservé, les États-Unis se trouvent en toute première ligne depuis 2001. Le *Patriot Act*, dont la plupart des dispositions ont été prorogées pour quatre ans en 2006, a considérablement accru les pouvoirs de collecte et de partage d'information accordés aux services fédéraux du renseignement, donnant au *Federal Bureau of Investigation* (FBI) le pouvoir d'obliger les banques, les fournisseurs d'accès Internet, les entreprises de téléphone, de crédit, mais aussi les bibliothèques, à livrer, sur demande, les données personnelles de leurs clients.

De leur côté, les États européens ne sont pas épargnés, notamment ceux, qui, comme le Royaume-Uni, l'Allemagne ou l'Italie, avaient été profondément marqués par des années de terrorisme interne. L'évolution est particulièrement sensible en Allemagne où les textes des années 1970, restés en vigueur, ont été, après le 11 septembre 2001, complétés par des dispositifs de surveillance extrêmement intrusifs. Plus grave encore, la création d'un fichier antiterroriste commun (loi du 31 décembre 2006) vient brouiller la séparation entre la police et les services de renseignements, alors que le souvenir de la fusion, à l'époque hitlérienne, entre la Gestapo et l'Office central de la sécurité donnait à cette séparation une signification si importante qu'elle avait été inscrite dans la Constitution.

L'Allemagne est en outre un puissant moteur, à travers la coopération policière, de la généralisation des fichiers et bases de données au sein de l'Union européenne, qu'il s'agisse du système d'information Schengen (SIS), créé dès 1990 et progressivement enrichi (SIS I+) en attendant le SIS 2, qui devrait avoir « des fonctionnalités plus avancées » ; ou du traité de Prüm (dit Schengen 3), aussi d'initiative allemande, qui prévoit l'échange d'informations biométriques (données génétiques, empreintes digitales) et de données à caractère personnel.

En somme, la généralisation des fichiers et bases de données illustre une fois de plus ce double jeu, illusion / confusion, auquel conduit l'obsession sécuritaire. Illusion s'il est vrai, comme le montre une étude diffusée en 2008 par le *National Research Council* américain, que l'identification automatisée de terroristes par extraction de données n'est pas un objectif réalisable, vu la marge considérable d'erreurs démontrées dans le rapport. Mais cette illusion est facilitée par la confusion des concepts, au point de rendre le titre même du traité de Prüm quasiment illisible : traité « sur l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale ». Comme si les trois termes n'étaient pas suffisamment vagues, on a ajouté un « notamment », quelque peu inusuel dans la dénomination d'un

instrument juridique, sans doute pour ménager les possibilités d'interprétation extensive, sans craindre d'afficher ouvertement cet amalgame immigration/criminalité/terrorisme qui conduit tout droit à la banalisation de l'internement des étrangers en situation irrégulière.

En ce qui concerne les étrangers, l'Europe est aussi un exemple significatif. Dans la difficile recherche d'un équilibre entre l'ouverture des frontières intérieures aux ressortissants des États membres et la fermeture des frontières extérieures aux ressortissants des États tiers, les attentats du 11 septembre 2001 se sont produits à un moment critique où la Commission venait de proposer un statut accordant aux citoyens de pays tiers le droit de travailler dans les Communautés européennes après cinq ans de résidence.

Il est vrai que l'entrée des dix États d'Europe de l'Est en 2004, puis, en 2007, l'intégration de deux États des Balkans, ont relancé la question des frontières extérieures pour des États entrants qui sont encore le théâtre de conflits identitaires et nourri la ritournelle sécuritaire centrée sur l'étranger identifié comme un risque. En tout cas, la Commission européenne a durci sa position sur les demandeurs d'asile. Comme elle ne pouvait pas remettre en cause le dispositif de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant l'expulsion du demandeur d'asile vers un pays où il est menacé de torture, on en arrive à une situation inextricable de l'étranger à la fois irrégulier et inexpulsable.

En pratique, la « gestion du phénomène migratoire » se focalise sur la lutte contre les formes irrégulières, dont les critères sont abandonnés aux États. En cas d'irrégularité, la « directive-retour », encore en débat, légitimerait pour l'État d'accueil, une décision, soit de retour, soit d'éloignement, autorisant l'une et l'autre une rétention « aussi brève que possible ». Brièveté toute relative car la période initiale d'un maximum de six mois peut être portée jusqu'à dix-huit mois dans la version votée en première lecture par le Parlement européen.

Par delà cet « effet 11 septembre », il reste à savoir si l'Europe en général, et la France en particulier, ont pour autant adhéré à la doctrine guerrière des États-Unis.

Entre anthropologie guerrière et anthropologie humaniste

Au XIX^e siècle, l'École pénale classique qui, fortement influencée par Kant et Beccaria, a construit la responsabilité pénale sur le couple culpabilité/punition et affirmé l'universalisme des droits de l'homme. Si la rhétorique est humaniste, les pratiques d'exclusion (emprisonnement) voire d'élimination (peine de mort) sont largement utilisées et la récidive reste une préoccupation constante. D'où la naissance d'une nouvelle école dite positiviste (ou de « défense sociale »), se revendiquant d'une anthropologie radicalement différente qui substitue la dangerosité à la culpabilité et la mesure de sûreté à la peine. Elle rejette le libre arbitre et développe une conception déterministe à partir des catégories élaborées par le médecin Lombroso, notamment le fameux « criminel né », emblème de l'école positiviste. Le changement paraît alors

définitif : selon Enrico Ferri, l'école classique, réduite à une « discussion byzantine de formules scolastiques et à un exercice infécond de rumination scientifique », ayant « achevé son cycle historique », doit être abandonnée ¹.

Dans le contexte politique de la montée des totalitarismes, s'affirmera au xx^e siècle une autre dichotomie, plus redoutable encore, entre ami et ennemi, qui oppose à l'école classique le juriste Carl Schmitt, connu pour ses engagements ultérieurs en faveur de l'Allemagne hitlérienne. Même si les discours sont apparemment différents – à prétention scientifique d'un côté, plus ouvertement politique de l'autre –, on peut se demander si le criminel né de Lombroso et l'ennemi absolu de Carl Schmitt ne sont pas les deux faces d'une même anthropologie qu'on peut dire « guerrière » en ce sens qu'elle scinde l'humanité en deux, opposant amis/ennemis ou criminels/honnêtes gens.

Or cette conception renaît à présent en Allemagne avec la doctrine dite du « droit pénal de l'ennemi ». Günther Jakobs s'appuie sur une lecture très personnelle de Kant et Hegel pour soutenir que la notion de personne est « élastique » et que la dangerosité d'un individu en fait un ennemi dont la société doit se défendre par des mesures radicales comme l'internement de sûreté ou la création de camps du type de celui de Guantanamo ou de Bagram ². Au cours du temps, la tension entre les deux visions, guerrière et humaniste, a pris en effet des formes différentes.

L'anthropologie « guerrière » s'est élargie, d'une anthropologie déterministe à une anthropologie « probabiliste », qui intègre des études statistiques de probabilité. Encore faut-il comprendre comment la notion à première vue purement politique de l'ennemi a pu être transposée de l'ennemi héréditaire des guerres à « l'ennemi combattant illégal » du droit américain, véritable ennemi planétaire associé au terrorisme global du xxi^e siècle, puis du terrorisme à la criminalité ordinaire, prolongeant les dérives de l'école positiviste du criminel né au criminel potentiel.

Stimulé par l'outil informatique, un discours apparemment légaliste présente cette dérive comme une avancée de la « nouvelle pénologie ». Ainsi de la rétention de sûreté : « ce n'est pas une peine. Elle est prononcée par des juges mais elle ne repose pas sur la culpabilité de la personne. Elle ne sanctionne pas une faute. Elle repose sur la dangerosité de certains condamnés pour faits graves. C'est une mesure préventive qui répond aux exigences constitutionnelles. Il s'agit que, pour un même niveau de dangerosité, deux criminels soient traités de façon identique » (ministre de la Justice, discours au Sénat, 30 janvier 2008). Un propos aussi candide donne l'illusion qu'il est en effet possible d'évaluer les « niveaux de dangerosité », et de les évaluer avec suffisamment de précision pour affirmer que pour un « même niveau de dangerosité », deux individus seront « traités de façon identique ».

1. E. FERRI, « Introduction », in *Sociologie criminelle*, éd. 1923 (1893), p. 5 sq.

2. G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », in *RSC* 2009, n°1, p. 7 sq.

L'anthropologie humaniste peut sembler à la fois plus modeste – car elle ne prédit pas l'avenir et ne promet pas de supprimer tous les risques – et plus ambitieuse – car elle reconnaît et cherche à renforcer l'autonomie individuelle, à accroître la capacité de chacun à se prendre en charge et tente de saisir l'homme dans sa complexité. Aux lendemains de la seconde guerre mondiale, elle semblait avoir gagné la partie, avec l'émergence d'un droit des droits de l'homme, appelé à limiter les excès de la répression. Alors pourquoi observe-t-on, avec le retour de l'homme dangereux, un renouveau de pratiques pouvant conduire à la négation des droits fondamentaux ?

C'est sans doute que l'humanisme juridique reste fragile tant qu'il se limite à un discours sur le libre arbitre, opposant de façon binaire sécurité et liberté, droit pénal et droits de l'homme. Il ne suffit pas d'invoquer les droits de l'homme pour résoudre l'antinomie entre l'anthropologie guerrière qui exclut l'ennemi ou le criminel potentiel et l'anthropologie humaniste qui l'inclut dans l'humanité en lui reconnaissant les droits propres à tous les êtres humains. Et le retour aux théories pénales classiques ne suffit pas à humaniser les pratiques pénales, lorsque les dangers d'une criminalité bien réelle suscitent, comme le souligne la Chambre des Lords dans un rapport du 6 février 2009, « l'avènement d'une société de surveillance » et le « climat de peur et de suspicion » qui l'accompagne, au risque de conduire à une « perte d'autonomie (libre arbitre) et de dignité personnelle ».

Pour exprimer « l'irréductible humain », dans toute sa complexité, il faut en effet dépasser le couple « liberté/sécurité », ou même le triptyque « liberté/sécurité/justice », pour introduire aussi l'« égale dignité ». C'est l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme, devenue l'un des principaux lieux de résistance. Alors que sa jurisprudence s'était construite sur des affaires internes, elle transpose son analyse au terrorisme international dès 1996. Mais c'est avec l'arrêt *Saadi c/ Royaume-Uni* (28 février 2008) qu'elle aborde ouvertement la question du terrorisme global, jugeant que l'Italie violerait la Convention si elle mettait à exécution sa décision d'expulser M. Saadi, soupçonné de terrorisme, vers la Tunisie où il risquait la torture. Le Royaume-Uni, tiers intervenant, avait tenté de proposer un assouplissement de la jurisprudence, que la Cour rejette au nom du caractère absolu de l'interdiction de la torture : « la perspective qu'une personne constitue une menace grave pour la collectivité ne diminue en rien le risque qu'elle subisse un préjudice si elle est expulsée ».

D'autres affaires, portant devant la Cour européenne des droits de l'homme la question plus politique de l'état d'urgence, montrent à quel point les transformations du contrôle social se trouvent également liées aux mutations de l'État de droit.

Dangers pour les États et mutations de l'État de droit

Des dangers pour les personnes aux dangers pour les États, nous voici ramenés aux choix politiques. Si le droit à la sûreté est l'ébauche d'une vision libérale qui soumet l'État au droit, il porte en lui sa propre contradiction. Déjà inscrite dans

la Constitution de 1791, la référence expresse à la sûreté publique permet en effet de fonder les notions d'état d'urgence et d'état d'exception qui vont légitimer, en cas de danger pour la Nation, des dérives autoritaires, apparemment contraires à l'État de droit.

« Apparemment » contraires car entre deux notions aussi incertaines et évolutives que celles d'État de droit et d'état d'exception la relation est inévitablement complexe. D'une part, l'exception tend à devenir permanente, au point d'engendrer, au nom de la raison d'État, des glissements successifs menant aux *États d'exception et régimes de suspicion*. D'autre part, il ne faut pas sous-estimer la capacité de résistance des systèmes de droit contemporains. Car la nouveauté de l'après-guerre est le double mouvement, interne et international, de constitutionnalisation et d'internationalisation, qui substitue aux lois « divines et naturelles » un droit supra législatif et supranational. Ce mouvement n'a pas les mêmes effets dans tous les États, mais il devient impossible de l'ignorer complètement. C'est pourquoi la réponse aux dangers menaçants les États varie *entre politique autoritaire et politique libérale*, selon l'existence et les modalités d'un contrôle, national ou international, permettant non pas d'abolir, mais de « raisonner la raison d'État ».

États d'exception et régimes de suspicion

Pour analyser les dérives par rapport à l'État de droit, il faut partir de l'état d'exception et de l'état d'urgence, compris comme une suspension provisoire des garanties de l'état de droit en raison de circonstances exceptionnelles : une guerre, une insurrection, une catastrophe naturelle ou une épidémie, précisément en raison de l'urgence et de la nécessité, appellent une action immédiate.

La suspension de l'État de droit est en principe provisoire, mais en incluant les actes terroristes dans la liste des circonstances exceptionnelles, on introduit un doute car il est difficile d'imaginer un moment où cesserait toute menace de terrorisme. L'état d'exception tend à devenir permanent et en effet, même si certaines lois postérieures au 11 septembre 2001 ont été adoptées comme des lois temporaires, elles ont toutes, pour l'essentiel, été prorogées. La question est donc de savoir si la démocratie peut tolérer des suspensions de l'État de droit à vocation permanente et à quelles conditions.

Le système constitutionnel américain, inspiré du droit anglais, ne prévoit pas explicitement d'état d'exception ; il admet toutefois la possibilité, mais dans la seule hypothèse d'un acte de guerre, de suspendre l'*habeas corpus* et de donner des pouvoirs exceptionnels à l'exécutif. Le dispositif « post 11 septembre 2001 » n'est donc pas fondé sur une habilitation constitutionnelle explicite mais sur les pouvoirs exceptionnels reconnus au Président en raison de l'état de guerre par la résolution votée par le Congrès le 14 septembre 2001 – ces pouvoirs lui étant attribués comme chef des armées, mais non comme législateur interne.

De ce point de vue, l'Europe offre des réponses apparemment mieux encadrées, même si les dispositifs constitutionnels restent diversifiés d'un pays à l'autre. C'est ainsi que l'Espagne a défini dans la Constitution de 1978, au titre de la répartition des pouvoirs entre Gouvernement et Parlement, les conditions propres aux états provisoires (état d'alerte, état d'exception et état de siège, art. 116). Et le chapitre concernant la suspension des droits et libertés précise quels droits pourront être suspendus, la question du terrorisme étant explicitement envisagée.

En revanche, en France, l'article 16 de la Constitution permet de transmettre les pleins pouvoirs au Président sans dire quels droits peuvent être suspendus et le terrorisme ne figure pas dans son énumération des circonstances exceptionnelles. En cas d'une attaque massive de type 11 septembre, l'application de l'article 16 serait peut-être concevable, toutefois ni la Commission Balladur, ni la réforme constitutionnelle qui a suivi, n'ont étendu l'article 16 au terrorisme. Il reste l'état d'urgence prévu, dans le contexte des événements d'Algérie, par une loi de 1955, validée par le Conseil constitutionnel à propos de la Nouvelle Calédonie (en 1985). Ce texte pourrait sans doute être utilisé contre le terrorisme, mais, selon le Conseil d'État, ses effets sont « par nature limités dans l'espace et dans le temps ».

D'où la stratégie du contournement de l'État de droit, moins visible mais non moins dangereuse car elle permet de limiter les droits fondamentaux sans imposer les contraintes propres aux états d'exception ou d'urgence.

Le contournement consiste à créer des régimes dérogatoires, comme autant de circuits parallèles où les droits sont limités et les garanties restreintes. Très pratiquée au nom de la lutte contre le terrorisme, et plus largement contre l'insécurité, cette stratégie reste en apparence conforme à l'État de droit. En France elle fut d'abord ciblée sur le trafic de stupéfiants, mais s'est élargie dans les années quatre-vingt, et surtout après 2001, aux deux domaines du terrorisme et du crime organisé. Le risque de dérive vient de ce que le régime dérogatoire est défini par référence à des notions imprécises comme celle d'infraction « liée au terrorisme » ou « liée à la criminalité organisée ».

Et ce contournement des droits substantiels s'accompagne parfois de celui des institutions compétentes. La multiplication des commissions et groupes *ad hoc* permet en effet d'éviter ou de retarder le contrôle des autorités administratives indépendantes (comme la Commission nationale informatique et libertés ou la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) et les avis de commissions indépendantes (comme la Commission nationale consultative des droits de l'homme).

Pratiquées aussi au sein de l'Union européenne, ces formes de contournement « institutionnel » y sont particulièrement difficiles à repérer en raison de la complexité des mécanismes européens. Le droit communautaire est ainsi devenu particulièrement propice au développement de circuits parallèles : on fait valoir les impératifs américains pour étouffer les critiques du Parlement européen, puis

les « obligations européennes » pour inhiber celles des parlements nationaux. D'où l'expression de *policy laundering* : de même que le *money laundering* (blanchiment d'argent) consiste à dissimuler l'origine de fonds acquis de façon délictueuse en les recyclant dans des activités légales, le *policy laundering* consiste à utiliser les institutions internationales pour mettre en place des politiques qui se heurtent à la résistance des institutions nationales. Adoptées comme des décisions auxquelles les États sont tenus de se conformer, ces politiques échappent au débat démocratique : le recyclage est réalisé au prix d'un contournement du processus législatif. Mais les dérives ne s'arrêtent pas là car la « frénésie sécuritaire » tend à transformer le contrat social en une sorte de contrat d'assurances tous risques : chaque individu est un suspect potentiel. Or surveiller et contrôler toute une population est une tâche impossible pour les seules institutions judiciaires et policières. Aussi les régimes de suspicion appellent-ils inévitablement un transfert de pouvoirs qui peut entraîner un détournement de l'État de droit.

Le détournement peut tenir à la militarisation de la justice, éternelle tentation des régimes autoritaires. Et la distinction reste en pratique incertaine entre les tribunaux militaires à caractère permanent et les juridictions créées à la suite de circonstances exceptionnelles pour réprimer certaines infractions et pendant une période temporaire, mais souvent appelées à s'inscrire dans la longue durée. Depuis 2001, le contexte de la « guerre contre le terrorisme » a entraîné, y compris dans des pays démocratiques, une banalisation des juridictions militaires, de telle sorte que la Sous-commission des droits de l'homme des Nations unies ne préconise plus leur suppression mais leur « civilisation » autour de principes directeurs. Façon de prendre le pari de la démocratisation des juridictions militaires, corollaire de la démocratisation du régime politique. Encore faut-il respecter les garanties de l'État de droit. Sinon, qu'il s'agisse de tribunaux militaires à caractère permanent, ou de juridictions d'exception, le transfert du pouvoir de juger aux autorités militaires peut devenir un véritable détournement. D'autant que l'administration a parfois tendance à sous-traiter ses pouvoirs à des entreprises privées pour échapper à sa responsabilité.

La privatisation de la force publique, police ou armée, s'est en effet considérablement développée ces dernières années, non seulement aux États-Unis, mais aussi en Europe, et les attentats du 11 septembre 2001 l'ont sans doute stimulée, les États étant soucieux d'échapper à leur responsabilité en cas de violation. Mais la sous-traitance de fonctions traditionnellement assumées par les États, soulève plus directement la question des contradictions entre politiques autoritaires et politiques libérales.

Entre politiques autoritaires et politiques libérales

Il fallait aborder ici la difficile interface entre le juridique et le politique. Difficile car les mutations de l'État de droit évoquées ci-dessus montrent que des États marqués par l'emprise croissante de la pensée libérale sur la gestion des affaires publiques peuvent appliquer néanmoins une politique autoritaire. Certes, toute

politique criminelle – au sens large de politique du contrôle social – peut être considérée comme sécuritaire, en ce sens qu'elle se donne pour objet d'assurer la cohésion et la survie du corps social en protégeant la sûreté de l'État et la sécurité des personnes et des biens ; mais le régime juridique varie considérablement entre politiques libérales et autoritaires. Alors que les premières encadrent et limitent, au nom des libertés individuelles, les pouvoirs de l'État ; les autres font de l'autorité de l'État la valeur première, soumettant le droit aux nécessités de la raison d'État. Mais ici encore, l'intitulé binaire ne doit pas occulter la complexité, voire les contradictions de choix politiques qui relèvent d'un triple constat.

Les désillusions des politiques libérales préparent souvent le retour à la raison d'État, au motif (ou au prétexte ?) d'une certaine impuissance du libéralisme face aux dangers, pour la sûreté de l'État comme pour la sécurité des personnes et des biens. C'est ainsi que le juriste français Henri Donnedieu de Vabres (qui deviendra juge au Tribunal de Nuremberg) considère que les systèmes en vigueur dans les trois pays autoritaires de l'époque (Italie fasciste, Allemagne nationale-socialiste et URSS stalinienne) étaient « nés pour prévenir une anarchie menaçante ». Reconnaisant que le potentiel des États libéraux est « en théorie d'un ordre supérieur », il n'en conclut pas moins par un éloge surprenant (en 1938 !) de « la supériorité présente des régimes autoritaires sur les régimes libéraux »³.

C'est un climat analogue de désillusion à l'égard des politiques libérales – me semble-t-il – que l'on voit renaître depuis le 11 septembre 2001, non seulement en doctrine mais aussi dans les dispositifs législatifs, et même dans la jurisprudence des cours suprêmes, qui pratiquent une sorte d'autolimitation (*self restraint*). C'est ainsi que le Conseil constitutionnel français a tendance à ménager la raison d'État, comme en témoigne, à propos de la rétention de sûreté, sa décision du 21 février 2008. À peine plus audacieuse, la Cour suprême des États-Unis a tenté d'aménager la raison d'État, mais il faut attendre 2006 pour la voir contester la création de commissions militaires par décret du Président et 2008 pour qu'elle reconnaisse la compétence des cours fédérales pour contrôler les pétitions d'*habeas corpus* introduites par les détenus de Guantanamo non américains et capturés hors des États-Unis. Seule l'élection du nouveau Président permettrait, dans des conditions qui restent en débat, de renoncer aux commissions militaires d'exception et d'assurer le retour à l'État de droit, notamment la fermeture de Guantanamo et le renforcement des garanties à Bagram. Quant au Royaume-Uni, la Chambre des Lords s'aventure depuis 2001 à défier la raison d'État, mais elle peut seulement déclarer que la dérogation ou les moyens utilisés pour combattre le terrorisme sont contraires au *Human Rights Act*, sans pouvoir invalider les lois récusées. Il reste donc à savoir comment ce retour à la raison d'État peut conduire à la déraison d'État dans le prolongement des illusions entretenues par certaines politiques autoritaires.

3. H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des États autoritaires*, Sirey, 1938, pp. 6 et 211.

Les illusions des politiques autoritaires peuvent en effet conduire à la déraison quand la nécessité est non seulement intégrée au droit (« nécessité fait loi »), mais opposée au droit (« nécessité ne connaît pas de loi »). L'État qui prétend éradiquer toute insécurité, même potentielle, est pris dans une spirale qui peut aller jusqu'à la disparition plus ou moins complète des libertés, légitimée par une politique de l'État total qui, telle que la résumait Mussolini (« tout dans l'État, rien contre l'État, rien en dehors de l'État »), est la négation du droit international. Le glissement de l'État total vers la déraison a pu être observé en Europe à des degrés divers, à l'époque des régimes totalitaires.

Mais « les solutions totalitaires peuvent fort bien survivre à la chute des régimes totalitaires, sous la forme de tentations fortes qui surgiront chaque fois qu'il semblera impossible de soulager la misère politique, sociale et économique, d'une manière qui soit digne de l'homme ⁴ ». C'est ainsi que de grandes démocraties, aux États-Unis ou en Europe, peuvent se transformer en « État Janus » dont le visage libéral n'exclut pas l'autre face, le visage autoritaire, au risque d'en venir, avec les pratiques de torture, à justifier l'injustifiable, et sombrer dans la déraison.

S'il ne s'agit pas de la promotion d'un nouvel État total, on observe cependant une sorte de dédoublement, ces États présentent un visage libéral ou autoritaire, selon qu'il s'agit de la politique économique ou de la politique pénale. Et les promesses sécuritaires, par les excès répressifs et préventifs qu'elles engendrent, risquent de devenir, comme dans un État total, sources de déraison, appelant la mise en place de dispositifs de résistance.

Les dispositifs de résistance marqueraient l'apparition, encore incertaine, d'une politique démocratique, ni purement libérale, ni purement autoritaire, car elle s'ajuste aux événements mais ne renonce pas au respect des droits de l'homme. Sans illusion ni désillusion, elle se caractérise par des dispositifs qui tendent vers la sauvegarde de la « permanente virtualité de résistance », qui serait « le droit de l'homme par excellence ⁵ ».

Or il ne s'agit pas seulement de virtualité. Car les processus de constitutionnalisation et d'internationalisation permettent désormais de confronter la raison d'État à une raison politico-juridique qui transcende l'État, la résistance prenant la forme d'un contrôle judiciaire de l'état de nécessité. Certes, l'état de nécessité limite les droits de l'homme : s'il s'agit de circonstances exceptionnelles, la Convention européenne des droits de l'homme permet des dérogations à la plupart des droits fondamentaux ; s'il s'agit de l'ordre public au sens large, elle permet tout un jeu d'exceptions (permanentes mais limitativement énumérées) et de restrictions (admissibles plus largement si elles sont « nécessaires dans une société démocratique »). Mais la Cour européenne contrôle le respect du cadre juridique et notamment de la

4. H. ARENDT, *Le Système totalitaire, les origines du totalitarisme*, précité, p. 202.

5. S. RIALS, *Oppressions, résistances*, PUF, 2008, p. 39.

proportionnalité. C'est précisément ce contrôle qui permet de « raisonner la raison d'État » et de réduire les risques d'oppression en évitant à la fois la déraison des politiques autoritaires et les désillusions nées de l'impuissance supposée des politiques libérales ; car la Cour admet l'état de nécessité et légitime des limitations aux droits fondamentaux, mais résiste aux limitations disproportionnées.

Dans un monde qui s'internationalise, ces dispositifs de résistance à la raison d'État marquent aussi les fluctuations de l'ordre mondial car les dérives sont censurées tantôt par le juge national, devenu gardien d'un droit international qui l'émancipe du droit national, tantôt par le juge international lui-même. C'est dire que l'État de droit n'est plus identifié par référence au seul ordre inter étatique (souverainisme), mais renvoie aussi à un ordre supra étatique en formation (universalisme).

Dangers pour la planète et fluctuations de l'ordre mondial

Dans un rapport au secrétaire général des Nations unies sur *Les menaces, les défis et le changement*, un groupe de « personnalités de haut niveau » citait en 2004 le terrorisme et les armes de destruction massive, mais aussi la pauvreté, ou encore la sécurité environnementale et sanitaire, révélatrices d'une interdépendance croissante : « la sécurité du pays le plus riche peut dépendre de l'aptitude du pays le plus pauvre à contenir une maladie nouvelle ». Cette interdépendance, face à des dangers aussi diversifiés a pour double effet de déstructurer l'ordre international dans l'espace, en effaçant les frontières, et de le déstabiliser dans le temps par ses effets de longue durée. C'est ainsi que la *confusion des repères, dans l'espace et dans le temps*, mène aux fluctuations d'un ordre mondial qui hésite *entre souverainisme et universalisme*.

Confusion des repères dans l'espace et dans le temps

Traditionnellement identifié à l'État, le droit suppose un double repérage. Situé sur un territoire, le droit étatique est borné par ses frontières, le principe de territorialité, qui fonde la notion de souveraineté, nécessitant une stricte délimitation de l'espace ; en revanche le temps, à la fois instantané et virtuellement perpétuel, est une sorte de présent éternel, avec pour seule parenthèse le temps de guerre, qui prend fin avec les traités de paix. Or l'apparition de dangers planétaires aux effets potentiellement illimités entraîne (motif ou prétexte ?) la confusion d'un espace sans frontières et d'un temps sans limites.

L'inventaire des dangers planétaires, même incomplet, montre leur extrême diversité, qu'il s'agisse de leur origine, ou de leurs effets. Que l'on songe, par exemple, au changement climatique ou à l'accumulation des débris de satellites, c'est l'ensemble du vivant, humain et non humain, présent et à venir, qui se trouve menacé. Danger global par excellence, le changement climatique est aussi source de nouveaux conflits, qu'il s'agisse des ressources en eau potable et en nourriture, ou des risques de tornades et d'inondations, au point de contraindre à l'immigration des personnes, des familles ou même des populations (réfugiés climatiques et plus largement « déplacés

environnementaux »). En revanche, les dangers d'origine humaine, ou plus exactement interhumaine, qui relèvent de la violence (l'homme danger pour l'homme) étaient pour la plupart (à la célèbre exception du crime de piraterie) restés localisés au plan national. Mais les attentats de New-York ont révélé qu'avec les nouvelles technologies de communication, la violence s'était globalisée aussi sur terre : terrorisme, fabrication et commerce des armes, cybercriminalité deviennent des préoccupations à l'échelle de la planète. La différence tient cette fois aux effets : ceux de la cybercriminalité échappent aux frontières nationales, mais restent inscrits dans le temps présent ; alors que le terrorisme et la fabrication d'armes de destruction massive, notamment avec les armes nucléaires ou biochimiques, concernent désormais, tout comme les dangers écologiques, à la fois les générations présentes et les générations futures, ce qui peut expliquer la tentation d'étendre les réponses sécuritaires.

Dans un espace sans frontières la sécurité est dissociée du territoire national, comme le montre l'exemple de la « déterritorialisation », pratiquée par les États-Unis contre le terrorisme sous le nom de « restitutions extraordinaires », le transfert des suspects en pays étrangers permettant leur détention, et parfois leurs interrogatoires, selon les méthodes locales. De telles pratiques illustrent la quasi impossibilité, même pour une superpuissance comme les États Unis, de lutter contre un danger global sans franchir les frontières nationales, mais les termes utilisés pour les décrire, de « l'archipel américain de la torture » à la « toile d'araignée clandestine », révèlent aussi les conséquences désastreuses de cette déterritorialisation pour le respect des libertés, d'autant que ces dispositifs se déploient sans limites de temps.

Un temps sans limites : la formule semble répondre au constat de dangers aux effets potentiellement illimités. Qu'ils soient liés à la violence interhumaine (terrorisme global) ou à la surpuissance de l'homme sur la nature (dangers écologiques ou biotechnologiques) – les deux pouvant d'ailleurs se combiner (terrorisme biochimique ou nucléaire) –, ces effets potentiels conduisent à diverses formes de sécurité anticipée, également inquiétantes pour les libertés.

Tantôt c'est l'instant présent qui se prolonge et l'urgence qui devient permanente, comme dans une affaire *A et autres c/ Royaume-Uni* (19 février 2009) où la Cour européenne des droits de l'homme a admis que les attentats de New York avaient pu créer un danger « d'une ampleur et d'une acuité particulières » pour l'intégrité du territoire britannique, et légitimé de graves dérogations aux libertés, reconnaissant ainsi que les circonstances exceptionnelles liées au terrorisme global pouvaient durer des années. Tantôt c'est le futur que l'on intègre au droit positif par extension de la prévention à la précaution, des générations présentes aux générations futures. Or la transposition du principe de précaution aux menaces interhumaines peut entraîner, comme on l'a vu, une véritable déshumanisation du droit pénal ; et même appliquée au risque sanitaire, écologique, ou biotechnologique, pour lequel une certaine extension de la responsabilité civile semble nécessaire, il ne faut pas céder à l'illusion du risque zéro dont la logique insensée conduit vers une responsabilité illimitée qui rendrait toute action humaine impossible.

C'est dire à quel point la confusion des repères brouille la recherche d'un ordre juridique mondial qui semble encore hésiter entre souverainisme et universalisme.

Entre souverainisme et universalisme

Face aux dangers planétaires, le constat qui précède évoquerait plutôt le grand désordre juridique du monde que l'idée d'un ordre juridique mondial, même en formation. Encore faut-il savoir ce que l'on entend par « ordre juridique mondial », car la notion d'ordre juridique, même si elle s'est aujourd'hui banalisée, est elle-même incertaine. Soit elle se limite à définir l'ensemble des normes qui dans un pays ou une société donnés en régissent le fonctionnement, autrement dit à concevoir l'ordre juridique comme la photographie de l'état du droit à un moment et dans un lieu donnés, figure statique associée à l'idée de système et caractérisée par l'unité, la cohérence et la complétude ; alors on peut dire que l'ordre mondial n'existe pas, car il n'y a rien de tel au niveau mondial. Soit le terme est compris, dans une perspective dynamique, comme un processus d'ordonnement ; alors il peut exprimer les fluctuations d'un droit positif, pris entre un ordonnancement souverainiste, de type inter-étatique, privilégiant la coordination entre États, et un processus universaliste, de type supra-étatique, fondé sur la subordination à un ordre mondial, à première vue mieux adapté à des dangers sans frontières aux effets parfois illimités dans le temps.

S'il y a en effet fluctuation, et non évolution, d'un processus à l'autre, c'est que la tentation hégémonique n'a jamais disparu du champ politique. Même quand l'ordre souverainiste semble débordé, au point de sous-traiter l'usage de la force et d'être concurrencé par des sociétés privées dans ses activités régaliennes de défense et de sécurité, l'universalisme est contesté pour son impuissance, mais aussi pour ses abus de puissance, hégémoniques ou oligarchiques, appelant à une transformation dans la conception même de l'ordonnement juridique.

L'ordre souverainiste est débordé, au sens littéral, quand la globalisation déploie ses dangers dans l'espace planétaire (cybercriminalité, terrorisme global, crises sanitaires mondiales), entraînant parfois aussi une sorte de dilatation des effets dans le temps (changement climatique, terrorisme nucléaire, etc.). Il est débordé aussi au sens figuré car il faut adapter les réponses à la globalisation, ce qui requiert des moyens considérables et peut expliquer une sorte d'érosion du monopole étatique à mesure que l'État sous-traite l'usage de la force publique, prenant le risque de se trouver concurrencé par l'essor des sociétés militaires privées, difficiles à contrôler. Pour éviter que les États se contentent ainsi de passer la balle (« *passing the buck* ») pour être déchargés de toute responsabilité, un « document Montreux » (adopté en septembre 2008 sur une initiative de la Suisse, en collaboration avec le Comité international de la Croix-Rouge), propose que les États restent liés par leurs obligations résultant du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, même s'ils ont sous-traité par contrat certaines activités à des prestataires privés. Et pour mettre en œuvre cette responsabilité, le document

envisage soit un Protocole additionnel au Statut de la Cour pénale internationale, soit un nouveau mécanisme de règlement des litiges : quand l'ordre souverainiste est débordé, on en vient inévitablement à un ordre universaliste.

Pourtant l'ordre universaliste est contesté. On lui reproche d'abord, dans les rares secteurs, comme la justice pénale, où il commence à se mettre en place, son impuissance, qu'il s'agisse d'exécuter une décision ou d'arrêter un suspect. Mais derrière l'impuissance de la justice pénale internationale, illustrée par l'échec du mandat d'arrêt émis par de la Cour pénale internationale contre le président du Soudan Omar Al-Bachir, se profile aussi le risque d'abus de puissance d'un universalisme sélectif (les affaires en cours sont exclusivement africaines) qui serait le nouvel habit de l'impérialisme.

Or la crainte d'abus de puissance s'est accrue, notamment dans le domaine du terrorisme, au regard de la méthode des sanctions ciblées : certaines personnes ou entités, considérées comme suspectes par les États-Unis, le Conseil de sécurité des Nations unies et le Conseil de l'Union européenne, sont inscrites sur des « listes noires » selon une procédure discrétionnaire qui amènera la Cour de Justice des Communautés européennes à annuler le règlement qui transposait le principe en Europe (arrêt *Kadi*, 3 septembre 2008). En soulignant l'enchevêtrement juridique des espaces normatifs (Organisation des Nations unies/Union européenne/États), cet exemple incite à dépasser le débat Universalisme/Souverainisme, pour orienter la recherche d'ordre mondial vers un pluralisme ordonné.

Allons-nous vers un pluralisme ordonné ? En combinant un droit à vocation supranationale à la pluralité des droits nationaux, tout en intégrant le niveau intermédiaire des droits régionaux, les pratiques préservent en effet un certain pluralisme. Et ce pluralisme serait « ordonné » dans la mesure où il parviendrait à relier les différents ensembles normatifs par des processus non seulement hiérarchiques mais aussi interactifs, esquissant la formation d'un ordre mondial à plusieurs niveaux (géographie variable) et à plusieurs vitesses (polychronie). S'agissant de dangers aux effets lointains qui appellent une anticipation, notamment en matière de risques environnementaux, la polychronie pourrait d'ailleurs être le moyen d'intégrer la protection des générations futures sans sacrifier les générations présentes, illustrant la possibilité d'un ordre non seulement interactif, mais aussi « évolutif », en ce qu'il adapte progressivement les réponses à l'évolution des dangers.

Il reste à savoir si un dispositif aussi complexe a quelque chance d'être compris et accepté dans un monde où s'instaure une culture de la peur qui semble appeler des réponses simples et immédiates.

Conclusion : sociétés de la peur et/ou communauté de destin

Partant de la réalité des dangers et de l'incertitude des réponses juridiques, nous avons découvert l'imprévisibilité des uns et la porosité des autres. L'imprévisibilité des dangers a sans doute augmenté avec les nouvelles technologies, contribuant

ainsi, de façon en partie irrationnelle, à nourrir la peur : celle des risques globaux comme les risques environnementaux ou sanitaires ; mais aussi la peur de l'autre, celui qui nous apparaît comme une menace, qu'il soit délinquant, ancien délinquant, délinquant potentiel, ou seulement personne potentiellement dangereuse. Or la peur appelle des dispositifs d'alerte, de plus en plus précoces, ou de traçabilité, de plus en plus intrusifs, qui se propagent d'un secteur à l'autre. D'où la porosité des réponses car l'extension de la réparation à la prévention/précaution est transposée des risques (droit civil ou droit de l'environnement) aux menaces (droit pénal). Et cette transposition, comme on l'a rappelé ci-dessus, pourrait légitimer, au nom de la sécurité, des atteintes à des libertés, comme la liberté d'aller et venir, ou à des droits essentiels, comme l'égalité de dignité ou le respect de la vie privée.

Pour échapper à cet engrenage, il faut sans doute éviter de confondre toutes les formes de peur. Si la peur de l'autre conduit en effet à la haine et à l'exclusion, symbolisée par la construction de murs, en revanche la peur des risques et des catastrophes, autrement dit la prise en compte de la puissance de l'imprévisible, peut engendrer une solidarité mondiale, d'abord involontaire, qui contribuant à faire prendre conscience des interdépendances, lancerait des ponts pour réconcilier libertés, sûreté et égale dignité.

Ainsi pourrait naître une véritable solidarité volontaire qui transformerait les sociétés de la peur en une communauté mondiale de destin, capable d'anticiper et d'innover, dans les technologies, mais aussi dans les réponses juridiques. Qu'il s'agisse de dépasser la tension entre libertés et sûreté par l'interdiction absolue de la torture, ou d'apprendre à « raisonner la raison d'État » en contrôlant les limitations aux droits de l'homme, les pratiques étudiées ont montré qu'il serait encore possible – mais il y a urgence – de fortifier la justice, non seulement par le recours aux forces de police et aux forces armées, mais aussi en faisant appel aux « forces imaginantes du droit ».

SÉMINAIRE

Les politiques sécuritaires à la lumière des doctrines pénales du XIX^e au XXI^e siècle, avec Geneviève Giudicelli-Delage (Université Paris 1) et Jean-Louis Halpérin (ENS Ulm), 8 juin 2009.

Ouvert par Mireille Delmas-Marty, le séminaire était placé dans une triple perspective : historique, contemporaine et prospective, l'objectif étant d'inviter historiens, pénalistes, sociologues, philosophes et politologues à observer la façon dont s'entrecroisent et se légitiment réciproquement les doctrines et les pratiques.

Jean-Louis Halpérin a introduit la 1^{re} session, « Des doctrines aux pratiques », en présentant « l'ambivalence, conceptuelle et contextuelle, des doctrines pénales modernes », dont la naissance remonte à l'œuvre de Beccaria. Puis, Carlos Petit a évoqué, à travers « Lombroso en Amérique » l'impact de l'école positiviste sur la

doctrine américaine et Bernard Harcourt a présenté « La genèse, et la critique, de la rationalité actuarielle aux États-Unis au XIX^e et XX^e siècles ». Enfin Jean Danet s'est interrogé sur la doctrine dite de la « défense sociale nouvelle » qui a fortement influencé les pratiques pénales de l'après guerre. La question qu'il pose est cruciale : comment cette doctrine et ses tenants, dont l'humanisme et l'attachement profond aux droits de l'homme ne fait aucun doute, a-t-elle « aménagé » le discours de la défense sociale ? À quels risques au regard de ses valeurs et pour quel résultat ?

La question a servi de transition à la 2^e session consacrée à la perspective contemporaine qui semble se déployer, à l'inverse, des pratiques à une doctrine qui viendrait les légitimer *a posteriori*. Geneviève Giudicelli-Delage a ainsi évoqué, face à des pratiques qui tentent de construire un droit pénal de la dangerosité, cette nouvelle « doctrine pénale de l'ennemi », née en Allemagne, et qui défend l'idée que l'État ne pourra survivre que s'il accepte, au nom des exigences de la sécurité, la disparition des garanties pénales traditionnelles de procédure et de fond. Puis, Julien Cantegreil a montré comment, aux États-Unis, les pratiques « post 11 septembre 2001 » ont suscité, sous l'administration Bush, la doctrine de l'« ennemi combattant illégal », doctrine constitutionnelle défendue dans sa forme radicale par certains conseillers et juges. L'actuelle répudiation de cette doctrine par le Président Obama peine à se traduire dans des pratiques qui prolongent, en fait, le traitement dérogatoire de certains détenus (notamment dans le camp de Bagram en Afghanistan). Laurent Mucchielli, sous le titre : « Identifier, contenir et mettre à l'écart », a constaté le retour du discours sécuritaire et de ses prétentions scientifiques. Un discours dont on peut craindre qu'il ne soit « ni neutre, ni objectif, ni fondé » car il « ne rend pas compte des éléments de statistique disponibles, dissimule tout ce qui ne « colle pas » avec la démonstration souhaitée, s'empare de cas exceptionnels en les présentant comme des modèles généraux, et conduit au final à énoncer de telles déformations de la réalité qu'on peut parler dans certains cas de contrevérités induisant les citoyens en erreur ».

Constatant l'impasse qui tient, face à la persistance des dangers, à l'inadéquation des réponses, nous avons consacré une 3^e session à une table ronde « prospective » (Christine Lazerges, Bernard Manin et Mireille Delmas-Marty, auxquels se sont joints les autres intervenants) afin de tenter de répondre à la question « comment sortir de l'impasse ? » Si l'application effective du droit pénal et du droit constitutionnel, ainsi que du droit international des droits de l'homme, peut favoriser les résistances, comme l'ont rappelé les intervenants, puis en conclusion Robert Badinter, la réponse juridique ne saurait se substituer à la dimension politique. Dès lors que l'exigence sécuritaire semble liée à une forme de désenchantement du politique (c'est le seul lien social qui reste), la reconnaissance de seuils de tolérance, supposerait un minimum de confiance. Certes, celle-ci ne se décrète pas, mais elle peut être encouragée en substituant, à la démagogie trop simple du « risque zéro » et de l'éradication du crime, une pédagogie de la complexité et du risque acceptable.

ENSEIGNEMENTS À L'ÉTRANGER

L'Europe, laboratoire de la mondialisation, en partenariat avec l'Université libre de Bruxelles, l'Académie royale de Belgique et les universités de la Communauté française de Belgique :

- Le grand désordre juridique du monde, le 16 décembre 2008 ;
- Repenser l'humanisme juridique, le 17 décembre 2008 ;
- Renouveler le formalisme juridique, le 28 mai 2009 ;
- Inventer la gouvernance avec et par-delà les États, le 28 mai 2009.

PUBLICATIONS

Ouvrages

- *Preureditev oblasti, Domišljajske sile prava (Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007), Prevedla : Ivanska Slet, Ljubljana, GV Založba, 2008, 280 p.
- *Les grands systèmes de politique criminelle, vol. 2*, (trad. persan Ali-Hossein Nadjafi), ed. Mizan, 2009, 222 p.
- *Ordering Pluralism : A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World* (trans. N. Norberg), Oxford, Hart Publishing, CERDIN, coll. French Studies in International Law, 2009, 175 p.

Articles

- « La question des droits de l'homme en Chine », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 31, pp. 2182-2186.
- « Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs », *Les annonces de la Seine*, 14 août 2008, n° 54, p. 2 sq.
- « Du dialogue à la montée en puissance des juges », *Le dialogue des juges – Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 305 sq.
- « Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law », in A. Cassese (dir.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, p. 97 sq.
- « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009, n° 1, p. 59 sq. Également en anglais, « Violence and Massacres. Towards a Criminal Law of Inhumanity ? », *Journal of International Criminal Justice*, 2009, vol. 7, n° 1, p. 5 sq.
- « Vers une humanisation réciproque », in *Human Rights and their Possible Universality*, 19th Conference of the Academy of Latinity, 16-18 février 2009, Oslo, ed. Academy of Latinity, 2009, p. 35 sq.
- « Governance and the Rule of Law », in *Democratic Governance : A New Paradigm for Development ?*, Paris, Ministère des Affaires étrangères, 2009, p. 551 sq.
- « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment réformer ? », *Les annonces de la Seine*, 4 juin 2009, n° 34, p. 2 sq.
- « Le parquet, enjeu de la réforme pénale », *Le Monde*, 26 mai 2009 ; également in *La lettre du Collège de France*, n° 26, juin 2009, pp. 43-45.

ENTRETIENS, DÉBATS

– Entretien avec Marianne DURAND-LACAZE, « La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-2008 », 7 décembre 2008, <http://www.canalacademie.com/La-Declaration-universelle-des.html>.

– Débat avec Marcel GAUCHET, « Les droits de l'homme en question », *Répliques*, France Culture, 27 décembre 2008.

– « Garantir l'indépendance du parquet », Propos recueillis par Alain SALLES, *Le Monde*, 7 janvier 2009.

– « Chronique d'une disparition annoncée : le juge d'instruction », *Les Matins de France Culture*, 8 janvier 2009, http://www.radiofrance.fr/chaines/franceculture2/emissions/matins/fiche.php?diffusion_id=6968.

– Entretien avec Bernard LE SOLLEU, « Le pouvoir veut contrôler les affaires sensibles », *Ouest France*, 8 août 2009.

COLLOQUES, CONFÉRENCES

– Notice sur la vie et l'œuvre de Jean Cazeneuve, Académie des sciences morales et politiques, 20 octobre 2008, sur <http://www.canalacademie.com/Notice-sur-les-travaux-et-la-vie.html>.

– « Les non-dits de l'harmonisation pénale », discours prononcé à la suite de la remise du prix Cesare Beccaria, *Société internationale de défense sociale*, 19 janvier 2009, Madrid, Espagne.

– Conclusions du colloque *Les catastrophes écologiques et le droit. Échecs du droit – Appel au droit*, Université de Limoges, 13 mars 2009.

– « Savoirs, vouloir et pouvoirs », in *Le croisement des savoirs, des pratiques et des pouvoirs*, Conseil économique, social et environnemental et ATD Quart Monde, 8 avril 2009.

– « L'articulation des fonctions des tribunaux internes et de la Cour pénale internationale », in *Enjeux et perspectives de la justice pénale internationale : la Cour pénale internationale et les juridictions nationales* (Cour pénale internationale et Université Paris 1, Paris, 6 mai 2009).

– « Y a-t-il une transition démocratique en Chine ? », table ronde avec Alain ROUX et Jean-Luc DOMENACH, *Réinventer la démocratie*, Forum de la République des idées, Grenoble, 9 mai 2009.

– « La réforme de la procédure pénale », communication à l'Académie des sciences morales et politiques, 25 mai 2009.

– « Introduction », in *The Role of Third Parties in Protecting Civilian Population During Armed Conflicts*, ATLAS, Paris, Collège de France, 2 juillet 2009.

LABORATOIRE

Réseaux ID (internationalisation du droit)

– Réseau franco-brésilien, 2^e rencontre, « L'extraterritorialité », Paris, 20-21 novembre 2008.

– Réseau franco-chinois, 1^{re} rencontre, « Le contrôle de l'Administration », Pékin, 6-8 octobre 2008.

Études

« Le nouveau code de procédure pénale du Royaume du Cambodge », Haut Commissariat aux droits de l'homme, ONU, septembre 2008.

Recherches :***Figures de l'harmonisation du droit – Amérique Latine***

4^e réunion, São Paulo, EDESP-FGV, 5 août 2008.

Journée interdisciplinaire d'études, Paris, Fondation Hugot, 23 juin 2009.

ATLAS (Armed Conflict, Peacekeeping, Transitional Justice : Law as Solution)

Recherche menée dans le cadre d'un programme de la Commission européenne européen (7^e PCRD), en partenariat avec six autres centres de recherches : le *British Institute of Comparative & International Law* (RoyaumeUni), l'Université libre de Bruxelles et l'institut Magna Carta (Belgique), l'Université Jaume I de Castellon et l'Université de Valence (Espagne), le Centre des droits de l'homme de l'Université de Bucarest (Roumanie).

Colloques d'étapes : « La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé » (Bucarest le 24 octobre 2008) ; « Le rôle des tiers aux conflits armés dans la protection des populations civiles » (Paris, 2 juillet 2009).

ACTIVITÉS DE L'ÉQUIPE

Julien Cantegreil

Julien Cantegreil est rédacteur en chef des Archives de philosophie du droit (Daloz) et ancien président de l'Association des élèves de l'École normale supérieure de Paris. Juriste diplômé de la Yale Law School et de Paris 1 (Panthéon Sorbonne), il est aussi agrégé de philosophie et diplômé de Paris IV et de Paris X. Après des études juridiques en Allemagne, en Italie et aux États-Unis, Julien Cantegreil enseigne désormais au département de droit de l'École normale supérieure et à l'Institut d'études politiques de Paris. Recherches et publications en philosophie du droit, en droit constitutionnel comparé de l'anti-terrorisme et sur le contentieux arbitral des investissements internationaux.

Depuis le 1^{er} septembre 2008, Julien Cantegreil est ATER auprès de la chaire. Dans la perspective du cours, il a participé à la recherche documentaire et à la rédaction de notes de synthèse sur des questions de droit constitutionnel, de droit comparé (essentiellement entre la France, l'Allemagne et les États-Unis) et de philosophie du droit. Il assure par ailleurs la coordination du Réseau ID « franco-américain ».

David Lemetayer

David Lemétayer est doctorant à l'Université Paris 1 (Panthéon Sorbonne). Ses recherches, dirigées par le professeur E. Jouannet, portent sur la notion de « bonne administration de la justice » en droit international public. Cette thèse sera une

illustration, dans le domaine procédural peu exploré jusqu'à présent par les internationalistes, des interactions entre les normes et pratiques de droit interne et de droit international (y compris le droit international des droits de l'homme).

Affecté, en qualité d'ATER, à la chaire depuis le 1^{er} septembre 2008, il a participé à la recherche documentaire et à la rédaction de notes de synthèse sur le droit international général, humanitaire, pénal et des droits de l'homme, ainsi que le droit communautaire dans le cadre du cours. Il assure par ailleurs la coordination du Réseau ID « franco-chinois ». À cet effet, il a pris en charge l'organisation des premières rencontres, qui ont eu lieu, à Pékin, les 6 et 7 octobre 2008. Il contribue également à la valorisation et à la diffusion des activités de la chaire. Dans le cadre de la réorganisation et de la mise à jour de la page web de la chaire sur le site du Collège, il a notamment mis en place une version anglaise et une version chinoise.

Depuis 2004, il contribue régulièrement à la *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, au *Journal du droit international* (Clunet) et aux activités de la « *Law clinic* » organisée par l'Institut de formation en droits de l'Homme du Barreau de Paris (en collaboration avec le Centre de recherches sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire de l'Université de Paris II et le Centre de Paris-Sud) à des fins de tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'Homme et à l'appui de plaintes devant les Comités des droits de l'Homme des Nations unies. David Lemétayer a également participé au groupe de recherche MARS (« Nouvelles menaces contre la paix : action, règles et sécurité internationales »), qui porte notamment sur les questions liées au terrorisme international.

Isabelle Fouchard

Isabelle Fouchard avait été affectée à la chaire d'*Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, en qualité d'ATER du 1^{er} septembre 2006 au 1^{er} septembre 2008. Elle a soutenu sa thèse (« Crime international. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international ») à Genève, le 3 septembre 2008. Elle avait collaboré pour la réponse à l'appel d'offre de la Commission européenne qui a donné naissance au projet de recherche ATLAS (voir ci-dessus). Depuis le 1^{er} septembre 2008, elle occupe pour trois ans le poste de chercheur attaché au Collège de France. Ses principaux thèmes, au sein du groupe de recherche coordonné par le Centre de recherche en droit international, sont : l'analyse comparative de la pratique des États membres de l'Union européenne en matière de promotion du droit international humanitaire et d'intervention humanitaire ; ainsi que l'analyse comparative des vertus et limites des diverses solutions post-conflituelles entre justice pénale et mécanismes vérité-réconciliation.

Kathia Martin-Chenut

Kathia Martin-Chenut est docteur en droit et habilitée à diriger des recherches (Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne). Ses recherches portent notamment sur le droit international des droits de l'homme (particulièrement le système

interaméricain de protection des droits de l'homme), le droit international pénal, le droit pénal comparé. Elle a été affectée à la chaire comme ATER (2005-2007), puis comme chercheur attaché au Collège pour le projet ATLAS mentionné ci-dessus. Dans le cadre de ce projet, elle a développé des recherches sur la protection des enfants dans les conflits armés.

Elle se consacre également au développement de deux projets lancés par la chaire en 2005 : la recherche « Les figures de l'internationalisation du droit – Amérique Latine », dont elle assure la co-direction et le « Réseau ID franco-brésilien », dont elle assure la coordination. À cet effet, elle organise diverses rencontres pour le projet « Figures de l'Internationalisation du droit » (dont la « Journée interdisciplinaire d'études » du 23 juin à Paris et un colloque prévu pour les 14 et 15 septembre à São Paulo), tout en participant elle-même aux travaux en tant que rapporteur sur « l'internationalisation des droits de l'enfant » et co-rapporteur sur « l'internationalisation de la justice pénale ». En tant que coordinatrice du Réseau ID franco-brésilien, elle a pris en charge l'organisation des deux premières rencontres (à São Paulo en 2007 et à Paris en 2008) et s'est consacrée à l'organisation de la troisième rencontre prévue les 16 et 17 septembre 2009 à São Paulo dans le cadre des activités officielles de l'Année de la France au Brésil.

Également chercheur associée à l'UMR de droit comparé de Paris (Université de Paris 1 – CNRS) Kathia Martin-Chenut enseigne à l'Institut d'études politiques de Paris dans le cadre du cours « Les grands enjeux de la justice » et tient deux chroniques annuelles à la *Revue de science criminelle et droit pénal comparé* (Chronique internationale – droits de l'homme et Informations – droit brésilien).

Li Bin

Li Bin est professeur associé à la faculté de droit de l'Institut de technologie de Harbin (Chine) où il enseigne le droit international économique. En 2008-2009, chercheur invité auprès de la chaire d'*Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, il a terminé et soutenu, le 12 mai 2009, sa thèse sur « La protection de la propriété en Chine : transformation du droit interne et influence du droit international ». Ses recherches portent sur la construction de l'État de droit en Chine, la Chine et le droit international. Il a contribué aux travaux du « Réseau ID » franco-chinois, et notamment au séminaire organisé à Pékin en octobre 2008 relatif au « Contrôle de l'administration ».