

Orientations des recherches

Premiers enseignements

Au début des années soixante, étudier le droit pouvait donner l'illusion de comprendre les mécanismes de l'organisation sociale et politique. Avec l'avènement de la Vème République, le cours de droit constitutionnel était au cœur de l'actualité et celui du doyen Vedel, à la Faculté de droit de Paris, était une merveille de clarté, de rigueur, de logique, le tout agrémenté d'un humour décapant. Il est vrai que le Conseil constitutionnel, qui venait d'être créé, restait en sommeil car seuls le président de la République et celui de chacune des deux assemblées parlementaires avaient le pouvoir de le saisir, et ils en usaient avec modération.

De même avec les cours européennes : entrée en fonction le 20 avril 1959, la Cour européenne des droits de l'homme avait rendu son premier arrêt en 1960 dans l'indifférence générale, malgré le nom prédestiné de *Lawless* emprunté au requérant, ouvrier irlandais soupçonné d'appartenir à l'IRA et interné plusieurs mois sans comparaître devant un juge, avant d'être relâché faute de preuve. Quant aux communautés européennes fondées par les traités de 1951 (CECA) et 1957 (CEE et Euratom), elles commençaient seulement à exercer un pouvoir normatif dont l'étudiant en droit connaissait à peine l'existence. Certes la Cour de justice de Luxembourg avait été créée dès la fin des années cinquante, mais elle attendra 1964 pour affirmer pleinement que le traité CEE a institué « un ordre juridique nouveau » dont la primauté sur l'ensemble du droit national, y compris les constitutions nationales, est justifiée par les nécessités d'une application uniforme du droit communautaire.

Nous vivions paisibles, nourris des certitudes rassurantes énoncées par les textes de la Constitution française, à laquelle le Conseil constitutionnel n'avait pas encore incorporé la Déclaration de 1789, réserve inépuisable d'interprétations innovantes, et par les codes et lois appliqués par une Cour de cassation et un Conseil d'Etat auxquels nul n'aurait alors songé à reprocher d'exercer un quelconque « gouvernement des juges ». Après des études littéraires (avec un bac A, privilégiant latin et grec), un moment tentée par des études plus scientifiques (bac « sciences expérimentales », puis PCB et première année de médecine), j'avais été rebutée par le bachotage qui dominait alors les études médicales et je trouvais plus gratifiant un enseignement qui me semblait faire d'abord appel à la raison. A la raison et à la rigueur car, poursuivant le vague objectif d'une inscription au barreau de Paris, j'étais tenue de privilégier, malgré mon attirance pour le droit public et le droit international, les disciplines plus techniques, mais aussi plus rigoureuses, du droit privé.

En m'orientant vers une thèse de droit pénal, puis vers l'agrégation de droit privé et de science criminelle, le professeur Vouin devait influencer de façon décisive le cours de mes recherches. Pendant l'année de doctorat, j'avais admiré son art de la concision et surtout son esprit de synthèse. Il n'avait pas son pareil pour dégager, à partir des analyses parfois ultra pointillistes de ses collègues, de larges perspectives, tout en restant attaché à en vérifier la pertinence auprès des praticiens avec lesquelles il restait en contact permanent. Rappelant volontiers la formule de Portalis « le droit pénal est moins une espèce particulière de loi que la sanction de toutes les autres », il avait contribué à donner au droit pénal ses lettres de noblesse, incitant à y voir une sorte de révélateur des transformations sociales.

Sur un objet apparemment très technique – « Les sociétés de construction devant la loi pénale »-, je devais rédiger sous sa direction une thèse (1) esquissant une réflexion, que je reprendrai dans le manuel de droit pénal des affaires (4) publié peu après l'agrégation, en 1973, sur le concept d'ordre public. Il s'agissait de transposer des travaux récents qui distinguaient, à propos du droit économique, un ordre public traditionnel de protection, à base d'interdictions, et un ordre public nouveau de direction, à base de réglementation, et de contrôle préventif (le terme de régulation qui sature aujourd'hui le discours politique et

juridique n'étant pas encore systématiquement employé). L'ordre public de protection conduisait aux classiques délits d'action, tandis que l'ordre de direction, fait d'obligations positives, entraînait la multiplication des délits d'omission. Je tentais ainsi d'expliquer le particularisme, et parfois les contradictions, du droit pénal des affaires.

Cette branche du droit, plus présente dans les textes que dans les pratiques, n'était guère étudiée à cette époque où le « *white collar crime* » semblait encore une spécificité américaine. En Europe on préférait, dans le prolongement de l'Ecole positiviste italienne, l'expression de délits « artificiels » opposés aux délits dits « naturels ». Très vite les occasions se multiplièrent, non seulement d'enseigner le droit pénal des affaires, mais encore de lancer des recherches sur la criminalité d'affaires, tant en France qu'en Europe car les fraudes aux subventions communautaires étaient apparues dès les années soixante-dix et même à l'échelle mondiale, ce qui me valut de participer au congrès des Nations Unies *Offences and offenders beyond the reach of the law*. De façon plus inattendue, je devais aussi découvrir en Centre Afrique, accompagnée dans la recherche des textes et de quelques décisions de justice par des étudiants fort attentifs, les pratiques de fraude et de corruption dans l'empire de Bokassa.

Révéléateur des transformations sociales, le droit pénal m'amènera également à la même époque, dans les années soixante-dix, à étudier le tout nouveau droit de l'environnement (38, 44), et même à enseigner au Brésil, dans un cours d'été organisé par la Société internationale de droit de l'environnement, un « droit pénal comparé de l'environnement » qui me permettait de découvrir les réalités de la forêt amazonienne et de relativiser les solutions du droit français.

Au cours des années quatre-vingt, le droit pénal devait encore me conduire vers les biotechnologies (76, 162) et plus récemment vers le clonage reproductif humain (25), évoquant de lointaines réminiscences de mes courtes études médicales.

Mais ni le droit de l'environnement, ni celui des biotechnologies ne se réduisent au droit pénal. Plus encore que le droit des affaires, ils déplacent le jeu des frontières : frontières entre les diverses branches du droit (pénal, mais aussi civil, administratif, international) ; également frontières au sens géographique du terme, qui fondent le principe de territorialité et la compétence législative et juridictionnelle des Etats, alors même que les pratiques sont le plus souvent transnationales ; enfin frontières entre les disciplines dès lors que, par leur nouveauté même, les questions posées soulignent les tensions qui traversent toute la recherche juridique. D'un côté le droit apparaît comme une discipline normative largement autonome, mais son objectivité est sans cesse menacée par un normativisme rampant qui refuse le doute et énonce des réponses péremptoires à tout problème de société, fut-il inédit ; de l'autre il est un fait social, sans autre spécificité que sa relation étroite aux mécanismes de pouvoir qu'il se contente de légitimer, mais cette vision globalisante risque de réduire le droit à une boîte noire dont il devient superflu d'étudier les infinies subtilités.

Pour la jeune universitaire qui avait commencé en 1970 à enseigner le droit, et notamment l'introduction au droit, dans les grands amphithéâtres de première année de la Faculté de Lille, ces questions troublantes furent d'abord plus ou moins refoulées. A partir de 1975, après *Surveiller et punir*, il me parut judicieux, même si Michel Foucault restait largement ignoré dans la plupart des facultés de droit, de tenir compte de son enseignement et de tenter de distinguer l'énoncé juridique des figures qu'il produit sans jamais réussir à les déterminer complètement. D'autant que le droit pénal des affaires confirmait de façon éclatante l'hypothèse lancée par Foucault d'un « contrôle différentiel des illégalismes », séparant la criminalité traditionnelle, effectivement réprimée, de celle qui restait encore largement tolérée.

Ces interrogations furent relancées par diverses expériences du travail législatif auxquelles je me suis trouvée associée dès 1974, en raison précisément de la publication de mon manuel de droit pénal des affaires.

Expériences du travail législatif

On ironise parfois sur le goût des gouvernants pour les commissions d'experts, créées au motif de préparer une réforme ambitieuse, alors qu'il s'agit bien souvent d'occuper le terrain pour retarder une décision politiquement difficile, ou de légitimer une modeste mise à jour qui se contente de quelques emprunts aux propositions des experts. Cette ambiguïté n'échappe pas aux intéressés eux-mêmes qui gardent malgré tout le désir d'avoir prise sur la réalité.

A cet égard, ma première expérience fut exemplaire : invitée à faire partie de la commission chargée en 1974 de proposer une réforme du droit pénal des affaires, je devais assez vite mesurer les limites de l'exercice. La commission, composée pour l'essentiel de magistrats et présidée par le procureur général près la Cour de cassation, aboutit après une année de savants travaux à un rapport très élaboré et complet. Abandonnant la plupart des propositions, le gouvernement fit voter une loi qui se limitait à instaurer des juridictions spécialisées en matière économique et financière. Celles-ci furent créées principalement dans les tribunaux où une spécialisation de fait existait déjà, sans que l'on puisse en apprécier l'efficacité, faute de moyens permettant une évaluation quantitative et qualitative.

Nouvelle déception en 1977 : appelée à conseiller le ministère de l'environnement sur le choix entre divers types de sanctions, je proposai la création d'un délit de pollution, qui, repris dans une proposition de loi au Sénat, ne fut jamais discuté. Conçu de façon autonome, ce délit était destiné à être placé dans le code pénal afin de donner à l'interdit pénal la visibilité qui manque aux trop nombreuses incriminations dispersées dans les diverses lois sur la protection de l'environnement.

Cette proposition de loi anticipait déjà sur la réforme du code pénal qui reste pour moi la plus étonnante expérience des limites du travail législatif. La réforme, engagée depuis quelques années, avait été relancée en 1981 par le Garde des Sceaux Robert Badinter, avec l'objectif affirmé de réécrire le code pénal de 1810 pour le XXI^{ème} siècle. La commission n'était, cette fois, pas un alibi et le ministre de la justice présidait en personne les réunions de travail. Mais ce fut l'occasion de comprendre les difficultés de toute innovation véritable.

Ayant découvert avec surprise qu'il n'existait à l'époque en France aucun instrument d'accès à l'ensemble des dispositions pénales en vigueur, nous fûmes quelques uns à proposer de commencer par un inventaire des textes existants en créant une nomenclature informatique avec plusieurs clés d'accès (code pénal, mais aussi, par exemple, code du travail ou code de commerce). L'idée était de garder à chaque code sa cohérence propre sans pour autant les hiérarchiser entre eux, comme le fera la commission de codification quelques années plus tard en utilisant l'expression contestable de code pilote et code suiveur. La difficulté tenait d'abord à la multiplication d'infractions innomées : d'où la proposition d'une liste de 470 mots clés qui, combinés selon leur fonction (*thème*, principal et développé, *événement* dans ses diverses composantes et *participants*, auteurs et victimes) aurait permis une dénomination, puis un inventaire, et rendu possible l'élaboration d'un système expert devant incorporer les synonymes du langage courant pour donner accès à tout utilisateur.

Nous avons aussi proposé des indicateurs destinés à expliciter les choix législatifs de pénalisation/dépénalisation (61) : d'une part des indicateurs de proportionnalité (par référence à la valeur protégée, à la nature de la faute et aux caractères du dommage), en intégrant les principes supra- législatifs déjà en vigueur dans la constitution et dans le droit européen, pour donner un contenu aussi objectif que possible au concept de gravité qui sous-tend l'idée même de proportionnalité ; d'autre part des indicateurs d'utilité impliquant à la fois une analyse de l'effectivité et une évaluation en termes d'efficacité : façon d'introduire la nécessité d'une étude d'impact avant toute réforme et d'un suivi après. A la fois filtre et frein, ces indicateurs auraient conduit à une large dépénalisation au profit de sanctions alternatives aux sanctions pénales. Le Garde des Sceaux était favorable à cette méthode qui

aurait transformé le ministère de la justice en ministère de la loi, mais elle supposait une réorganisation des bureaux de législation à l'échelle interministérielle, véritable séisme administratif auquel il dût renoncer, privilégiant finalement la réécriture de la partie déjà codifiée plutôt que d'engager le travail plus novateur que nous avions imaginé.

C'est dans des conditions différentes que je fus ensuite amenée à participer à la réforme de la procédure. En 1989, le nouveau ministre de la justice me demanda de présider une commission dont nous décidâmes ensemble du nom (*Justice pénale et droits de l'homme*), de la composition (une dizaine de juristes connus pour leur compétence et leur indépendance d'esprit) et de la mission (réforme de la procédure pénale, mais aussi amélioration de la qualité de la loi, réflexion sur l'application des peines de prison et propositions pour une harmonisation européenne, dans la perspective de la présidence française de la Communauté européenne).

L'objectif était de dégager les grandes lignes d'une réforme des structures, préalable à la rédaction de nouveaux textes. Résolus à éviter tout malentendu, nous avons précisé dès l'introduction que notre rapport constituait « un ensemble cohérent dont les éléments ne sauraient être dissociés » et souligné en conclusion que le malaise de la justice pénale tenait moins à l'indifférence du législateur qu'à l'accumulation de réformes ponctuelles et partielles. En somme, écrivions-nous en 1990, « c'est ce rapiécage, parfois même ce bégaiement législatif, qui paraît irréaliste et néfaste, dès lors que l'on prend conscience du fait que les difficultés actuelles ne peuvent être résolues par des demi-mesures » (15). La suite devait largement confirmer le diagnostic, même si le mouvement de transformation des structures semble désormais lancé de façon irréversible, notamment depuis la loi du 15 juin 2000.

J'eus aussi l'occasion d'être associée à des travaux de réforme dans un domaine plus large : d'abord, en 1992, comme membre du Comité de réflexion présidé par le premier Président de la Cour de cassation Pierre Truche, en vue de la création d'un tribunal pénal international chargé de juger les crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, dont la France entendait soutenir le projet auprès des Nations Unies ; puis en 1993 comme membre du Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen Vedel ; enfin comme membre, de 1990 à 1993, puis coordinatrice entre 1996 et 1999, d'un groupe européen d'experts chargé dans un premier temps d'étudier les systèmes de sanction (pénale et administrative) dans les Etats -membres des Communautés européennes, ensuite de proposer un «*Corpus juris* pour la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne».

Ces diverses expériences furent l'occasion de méditer sur les inévitables faiblesses d'une normativité soumise aux aléas politiques et sur le rôle de l'universitaire qui est en position, non pas de décider à la place des responsables politiques, mais au mieux d'éclairer la décision, avec le risque de se trouver ainsi à la fois observateur et acteur. C'est d'ailleurs pourquoi j'avais sollicité en 1989 les conseils de Pierre Bourdieu et nous avons ensemble suggéré à Rémi Lenoir de mener, parallèlement aux travaux de la commission *Justice pénale et droits de l'homme*, une enquête auprès des différents acteurs du champ judiciaire, y compris les membres de la commission : cette enquête devait nous permettre d'agir en connaissance de cause, ou plutôt des causes, au double sens des déterminismes sociaux et des causes idéologiques.

Ce n'est sans doute pas un hasard si mes recherches personnelles, d'abord limitées au droit positif, s'étaient orientées à partir des années quatre-vingt vers des questions plus théoriques.

Au début des années quatre-vingt, avec quelques collègues venus de divers horizons, nous étions partis à la quête d'une improbable « science du droit ». Appliquée au droit, l'analyse systémique, en bordure des systèmes, ne nous satisfaisait pas pleinement. Nous avons écrit, Gérard Timsit et moi, une sorte de manifeste pour une analyse que nous appelions « systémale », supposée explorer l'intérieur même des systèmes de droit afin de mettre au jour l'ordre et le réseau de relations qui les constituent (n°60). Nous inspirant des travaux de Saussure, Hjelmslev et Benveniste pour la langue, de Lévy-Strauss en anthropologie, nous rêvions d'une théorie qui se construise sur des concepts transversaux aux systèmes et aux appareils nationaux et leur découvre une langue et une grammaire communes. Avec cette difficulté spécifique de partir de structures « juridiques », c'est-à-dire de structures apparentes extrêmement fortes, qui s'interposent entre l'observateur et son objet et empêchent de saisir la structure profonde, comme si le droit, retranché derrière ses propres concepts, était enfermé dans une forteresse qu'il se serait bâtie lui-même. Saisir la structure profonde, c'était d'abord repenser un langage qui, vécu à l'impératif, finit par s'imposer au langage ordinaire. Nous voulions reprendre à notre compte l'injonction de Benveniste de « secouer tout ce qui est inhérent au langage, c'est-à-dire une certaine rationalisation à l'intérieur du langage, mais en se servant encore du langage », ce qui nous amènera, en 1986, à créer aux PUF une collection d'essais, *Les voies du droit*, conçue comme « projet d'ouverture d'une discipline longtemps fermée sur elle-même », qui accueillera une moyenne de deux livres par an.

En attendant, il s'agissait de construire des modèles qui permettraient de substituer aux systèmes apparents, fortement implantés en nous par l'appareil conceptuel du droit, le système réel, dans sa complexité, sa diversité, mais aussi son ordre propre. Je m'engageais dès lors dans une modélisation destinée à comparer, non pas les systèmes de droit pénal, mais plus largement, ceux de politique criminelle, le terme visant l'ensemble des pratiques juridiques du contrôle social : sanctions de toute nature, y compris les sanctions disciplinaires, publiques et privées, mais aussi mesures de police et, lorsqu'elles comportaient des aspects juridiques, mesures éducatives et de traitement médical ou médico-social, ou encore mesures d'autorégulation comme les codes de conduite dans les entreprises. Mes nouvelles fonctions de rédacteur en chef de la Revue de science criminelle et de droit pénal comparé me confirmaient d'ailleurs l'utilité de modèles qui évitent de limiter au seul système pénal la comparaison de pratiques différentes d'un pays à l'autre. De 1983 à 1987, j'animai ainsi, dans le cadre de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, un séminaire de politique criminelle accueillant collègues et doctorants.

Le séminaire partait de la conclusion, en forme d'interrogation, du livre que j'avais publié en 1983 *Modèles et mouvements de politique criminelle* (6). Observer ne suffisait pas : au-delà des mouvements dans leur contradictions (pénalisation et dépénalisation, fiscalisation et médicalisation, plus d'Etat et moins d'Etat), il restait à trouver une règle à ce jeu de grandes stratégies anonymes dont personne ne semblait contrôler la rationalité. Pour sortir de l'impasse, une lecture en creux de Foucault, consistant à prolonger, en l'appliquant au droit, son « codage stratégique des points de résistance », devait nous conduire à analyser le rôle des droits de l'homme. Certes le philosophe a peu parlé des droits de l'homme. Il y voyait, ce qu'ils sont d'ailleurs trop souvent, une sorte de naïveté, d'humanisme un peu vague. Pourtant nous faisons l'hypothèse que leur entrée dans le champ juridique, dessinant de nouvelles contraintes juridiques qui transforment l'Etat de droit, permettent de penser le droit autrement, au besoin contre l'Etat ou plus largement – car le pouvoir n'est pas seulement étatique – contre les pouvoirs, de quelque origine qu'ils soient.

Pendant les quatre années du séminaire EHESS, nous avons confronté les pratiques de politique criminelle à ce nouvel usage des droits de l'homme, pris comme instrument de

résistance, qui conduit moins à supprimer la raison d'Etat qu'à la « raisonner » et à en contrôler les motifs et la mesure (proportionnalité), encadrant ainsi les divers mouvements de politique criminelle (14). Un usage qui ne va pas de soi, tant ces droits, imprécis et évolutifs, sont ressentis comme un corps étranger dans un système qui se veut rigoureux, c'est-à-dire précis et stable.

Il est vrai que le doyen Carbonnier avait prévenu les juristes en lançant son célèbre *Flexible droit*. Sa description du droit est souriante mais profondément sceptique : « sa rigueur, il ne l'avait que par affectation ou par imposture ... sinueux, capricieux, incertain, tel qu'il nous est apparu - dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité ». Mais pour n'être pas droite, la flexibilité reste linéaire et se situe à l'intérieur d'un ordre juridique donné. Alors que le flou, plus profondément perturbateur, pourrait, à condition d'obéir à un formalisme différent de la logique binaire, ouvrir la voie à d'autres modes de raisonnement, évoquant les *fuzzy sets*, fondés sur une graduation qui substitue la proximité à l'identité et pourrait faciliter l'appartenance simultanée à des ordres juridiques différents (9).

L'étude juridique des droits de l'homme, menée à travers l'analyse de la jurisprudence des cours constitutionnelles et des cours européennes, devait ainsi ouvrir un nouveau chantier. Un groupe interdisciplinaire allait explorer de façon systématique une série d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à la notion de « matière pénale », notion autonome en ce qu'elle permet à la Cour de Strasbourg d'imposer aux Etats une extension des garanties d'un procès équitable (71). Prévues par la Convention des droits de l'homme au profit des personnes accusées en matière pénale, ces garanties sont aussi exigées au cas de sanctions, non pénales au sens strict, administratives ou disciplinaires par exemple, mais présentant une proximité jugée suffisante avec le droit pénal, notion définie selon les indicateurs dégagés par la Cour tels que la nature de l'infraction ou la sévérité de la sanction. L'étude montre que le risque d'imprévisibilité, donc d'arbitraire du système, tient moins à la gradation qu'implique la notion de proximité qu'à un manque de transparence de la motivation ou de rigueur dans la combinaison des différents indicateurs et à la variabilité du seuil de compatibilité.

Etendue à d'autres notions apparues dans la jurisprudence de la Cour, comme celle de « nécessité démocratique », fondement de certaines restrictions aux droits fondamentaux, la recherche devait ensuite être présentée et discutée plus largement en divers lieux, notamment à Bruxelles à l'initiative de l'Académie européenne de théorie du droit, et à Sarrebruck lors d'une rencontre avec des juristes allemands (84) ; puis à Royaumont où un séminaire réunissait juristes et spécialistes de disciplines cognitives (90) ; enfin à l'Ecole normale supérieure, dans le séminaire de philosophie et mathématiques dirigé par Pierre Cartier, Maurice Loi et René Thom (169).

Partant de l'idée qu'une logique de gradation pourrait être un moyen de mieux contrôler les systèmes complexes et d'en limiter les risques d'arbitraire (le flou garde-fou de la complexité), nous posons l'hypothèse que l'apprentissage de nouveaux modes de raisonnement à l'aide de logiques non standard serait l'une des conditions pour que les droits de l'homme puissent jouer pleinement leur rôle d'instruments de résistance. Tout en marquant les limites de l'analogie, car cet apprentissage ne résout pas la question du transfert de pouvoir du législateur au juge, inévitablement affranchi par l'imprécision même des concepts qu'il applique. Dans la logique classique, le moment « indécidable » se situe tout au début, avec le choix du postulat sur lequel se fonde la majeure du syllogisme, alors que dans la logique graduée, il apparaît au moment de la décision, lors de la fixation de la marge de proximité acceptable, donc du seuil de compatibilité. D'où la nécessité d'un renouvellement des garanties quant à l'indépendance et l'impartialité du juge, en particulier lorsque le phénomène s'accompagne d'une internationalisation du droit, comme avec les juges européens, ou *a fortiori* avec des juges à vocation mondiale.

Construction européenne et internationalisation du droit

Mon intérêt pour l'Europe était né d'interrogations sur les moyens d'ordonner les mouvements de politique criminelle. Mais c'est la conception même de l'ordre juridique qui va se trouver bouleversée par l'irruption de la construction européenne dans le champ judiciaire, apparemment dans le plus grand désordre. Fascinant à observer, le phénomène, qui se développe pratiquement sous nos yeux depuis une vingtaine d'années, reste difficile à évaluer. Certes les textes fondateurs remontent à un demi-siècle, mais il faut attendre 1981 pour que la France accepte qu'un recours individuel puisse être porté contre elle à Strasbourg, 1986 pour que la première condamnation de la France soit prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme et 1989 pour que le Conseil d'Etat reconnaisse, dans le célèbre arrêt *Nicolo*, la primauté du droit communautaire sur les lois françaises, même postérieures.

Les conséquences sont d'abord quantitatives : dans son rapport pour l'année 2000, le Conseil d'Etat recense environ 68 000 textes de droit communautaire, sans compter le droit dit de l'Union européenne qui, à partir du traité de Maastricht, ajoute aux traités et au droit dérivé l'instrument classique de la convention mais aussi l'instrument inédit de la décision-cadre.

Mais qualitativement les principaux repères qui structuraient l'ordre juridique sont durablement remis en cause, à commencer par le principe de hiérarchie des normes. La fameuse pyramide décrite par Kelsen, ne rend plus que partiellement compte des nouvelles pratiques, marquées par des discontinuités normatives (par exemple entre jurisprudence constitutionnelle et européenne ou entre la jurisprudence des deux cours européennes, celle de Strasbourg pour les droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe et celle de Luxembourg pour les communautés et l'Union européenne), ou même par des hiérarchies inversées. La primauté du droit européen sur les droits nationaux est en effet inversée par la notion de « marge nationale d'appréciation » qui revient à admettre une prééminence de la norme nationale sur la norme européenne ; inversion seulement partielle car la marge suppose un seuil que le droit national ne doit pas franchir et permet de maintenir la prééminence de la norme européenne quand le juge européen estime avoir une légitimité politique et un pouvoir juridique suffisants pour exercer un vrai contrôle.

Ce constat fut d'ailleurs à l'origine du lancement, auquel j'ai participé au sein du Comité placé auprès du ministre de l'éducation nationale et présidé par Jean-Marie Lehn, d'un appel d'offre sur *La recomposition du champ juridique*. Un colloque réunit à Strasbourg en 1992 les principales équipes dont nous avons retenu les projets dans divers domaines du droit pour une première évaluation montrant le dynamisme des chercheurs, mais aussi les difficultés tenant au cloisonnement des disciplines. A dix ans d'intervalle, le Conseil national de coordination des sciences de l'homme et de la société, mis en place en mars 2001, relance la question de la carte des disciplines et des « programmes interfaces » des organismes de recherche, au regard notamment des évolutions techniques et de l'internationalisation.

A titre personnel, je me suis efforcée d'intégrer les conséquences de la construction européenne, tant dans mes enseignements (le DEA créé en 1984 sous le nom « Politique criminelle et droits de l'homme » deviendra en 1990 « Droit pénal et politique criminelle en Europe ») que dans mes recherches, facilitées à partir de 1992 par ma nomination à l'Institut universitaire de France. Entretenant l'analyse des transformations du droit positif à l'échelle du Conseil de l'Europe (113) comme à celle des Communautés européennes (17), je tenais néanmoins à poursuivre un travail plus théorique, notamment dans *Pour un droit commun* (10), puis à tester ces hypothèses dans mes cours à Paris, à Cambridge ou à l'Académie européenne de Florence (119), ou encore, de façon plus concrète, comme expert au sein du groupe européen déjà évoqué à propos des expériences du travail législatif.

Ce va-et-vient entre droit positif et théorie du droit allait révéler sa fécondité dans la façon d'aborder les études juridiques comparatives. Comme expert européen, j'eus d'abord à rédiger avec un collègue un rapport sur le droit français, notamment en matière de sanctions administratives (n° 8). Mais je devais parallèlement lancer une recherche comparée portant sur les principaux systèmes européens de procédure pénale (18). Avec d'emblée une volonté de combiner la comparaison des systèmes nationaux et la prise en compte des normes européennes (inter ou supranationales) qui constituent, sinon un véritable droit commun unifié, du moins un instrument de rapprochement ou d'harmonisation.

La méthode que nous avons définie pour cette recherche inspirera le travail d'harmonisation au sein de l'Union européenne qui sera demandé à notre groupe d'experts à partir de 1993. Elle permettra surtout de concevoir, comme par hybridation des systèmes nationaux, une véritable procédure européenne unifiée autour d'un procureur européen : projet dit *Corpus juris* dont la première version fut publiée en 1997 (20) et la seconde, après confrontation aux droits nationaux, en 2000 (21). La première version, soumise à de nombreux débats, fut l'occasion de repérer la diversité des sensibilités juridiques en Europe. A la Chambre des Lords, une audition organisée en 1999 me permit de mesurer la qualité d'analyse des *Law Lords* et leur connaissance précise des questions traitées, tout en constatant que la procédure, et notamment le mandat d'arrêt européen dont nous lancions l'idée, était pour eux l'essentiel ; alors qu'à quelques semaines d'intervalle, deux rencontres avec des juristes continentaux, allemands puis espagnols, intéressés au même projet, témoignèrent d'un intérêt entièrement différent, principalement axé sur le droit de fond : définition des délits et des règles d'attribution de la responsabilité et de détermination de la peine.

Mais ces sont les événements politiques qui mènent le jeu. C'est ainsi qu'en 1999, aux lendemains de la démission de la Commission Santer, le Parlement européen, n'osant encore lancer le projet de procureur européen que nous avions rédigé à sa demande, mais qui suscitait de fortes réserves de nombreux Etats, fut en position de faire créer un Office européen de lutte anti-fraude, dont la toute nouvelle indépendance était placée sous la garantie d'un comité de surveillance, sorte de comité de sages composé de cinq membres. Par une ironie de l'histoire, je fus nommée membre, puis présidente, de ce comité transitoire, dont seule la disparition marquera la réussite du projet de procureur européen auquel j'ai contribué. En tout cas c'est ainsi que, depuis deux ans, j'ai loisir d'observer, lors de nos réunions mensuelles, les pesanteurs et les blocages qui traversent les institutions en charge de construire l'Europe (Parlement, Commission, Conseil), tout en découvrant aussi, derrière le cliché d'une bureaucratie toute puissante, l'émergence d'une culture politique et juridique européenne qui, par exemple à la Cour de justice ou à la Cour des comptes, naît de travaux quotidiens et de soucis communs. Ce phénomène est facilité sans doute par les racines partiellement communes du *jus commune* qui influença durablement tous les systèmes de droit européens : même les anglais, qui refusèrent le droit romain comme source de droit, l'enseignèrent comme méthode de raisonnement juridique.

Enfin j'ai été tout récemment associée au groupe chargé de coordonner en France le débat lancé par le Président de la République et le Premier ministre sur l'avenir de l'Europe. Dans le souci de pédagogie ouverte qui est le nôtre, nous mesurons la difficulté d'un débat qui se cantonne trop souvent soit aux questions institutionnelles, trop abstraites pour mobiliser les citoyens, soit aux seuls dispositifs pratiques qui font alternativement désirer plus d'Europe ou moins d'Europe, selon qu'il s'agit de recevoir une subvention ou de subir une contrainte.

Il est vrai qu'à force de passer d'un rôle à l'autre, je ressens les limites d'un exercice où l'on vit dans la longue durée comme observateur, sans toujours être prêt à renoncer, comme acteur, à l'attente de résultats immédiatement visibles.

Mais il faut sans doute quitter l'Europe pour en avoir une vision d'ensemble au regard du phénomène dit de mondialisation du droit.

Internationalisation du droit et mondialisation

Vue d'ailleurs, et notamment de Chine, la construction juridique européenne a peut-être plus de qualités que vue de Bruxelles ou de Paris. J'évoque d'abord la Chine en raison d'échanges réguliers avec des juristes chinois, professeurs et étudiants, depuis une dizaine d'années.

Mon nouveau statut à l'Institut universitaire de France m'avait en effet déterminée à renouer avec de très anciennes velléités d'apprendre le chinois, à l'époque de mes études de droit. Interrompues après une année par la naissance de mon fils, difficilement compatible avec la poursuite simultanée d'un double cursus universitaire, mes études à l'École des langues orientales avaient laissé une trace et comme une attente. La rédaction de ma thèse aurait pu être l'occasion de reprendre le fil si le moment avait été plus favorable, mais la Chine était alors en pleine révolution culturelle et le droit n'y était même plus enseigné. C'est donc seulement en 1992 que, profitant de la disponibilité et des moyens offerts par l'Institut universitaire de France, je pus lancer, avec d'anciens étudiants chinois qui avaient soutenu leur thèse en France entre 1986 et 1988, un programme de recherche franco-chinois et même plus largement européen-chinois intitulé « Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal ». Nous avons, après discussion avec nos partenaires chinois, retenu deux thèmes, celui du droit économique (en particulier les délits de corruption, fraudes aux subventions publiques et contrefaçon) et celui des droits de l'homme envisagé à travers la protection de la dignité de la personne (traitements de femmes et d'enfants, mais aussi traitements inhumains et dégradants et torture dans des lieux de privation de liberté tels que prisons, commissariats de police, camps d'internement administratif).

A raison d'une réunion par an, alternativement en Chine et en France, et d'un travail considérable de rédaction et de traduction par les deux équipes, nous avons ainsi publié cinq volumes en français, et leur équivalent en chinois, entre 1994 et 1998 (22).

Sans effet direct sur le droit international positif, cette recherche a néanmoins contribué à une meilleure connaissance réciproque. Nous avons ainsi réuni une information très complète sur les systèmes nationaux et internationaux applicables en ces matières. Du côté européen, nous avons analysé non seulement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi les pratiques du Comité européen de prévention de la torture et du Comité des Nations Unies, et recueilli en contre partie des informations précises sur les dispositions juridiques chinoises, y compris celles incriminant diverses formes de torture.

S'il fait écran par rapport à une connaissance de la réalité des pratiques, le langage juridique a aussi cet avantage que son formalisme même permet d'aborder des questions politiquement aussi sensibles que la torture ou la peine de mort. Sans illusion sur les limites d'un tel exercice, nous avons pourtant le sentiment qu'il pouvait contribuer en Europe à une meilleure compréhension des problèmes juridiques chinois et en Chine à une meilleure connaissance de la vision européenne, du droit en général et des phénomènes d'internationalisation en particulier. En témoigne le fait que le nouveau code pénal chinois adopté en 1997 - après des travaux auxquels le professeur Gao Mingxuan, responsable de l'équipe de nos partenaires chinois, avait largement participé - , ait réussi, malgré une vive controverse en doctrine, à supprimer le raisonnement par analogie pour consacrer le principe de la légalité des délits et des peines, à réduire la liste des crimes capitaux et à poser un principe dit d'internationalisation du droit qui pourrait annoncer une volonté d'ouverture au droit international (34). Du moins si, pour accompagner l'entrée dans l'Organisation mondiale du commerce se maintient le climat actuel, marqué par la signature des deux pactes des Nations Unies sur les droits de l'homme (en 1998 et 1999), puis la ratification du pacte sur les droits économiques, culturels et sociaux (en 2001).

Dans le prolongement de cette première recherche, nous avons lancé depuis 1996 un programme spécifique de formation de jeunes juristes chinois intitulé « Le droit en Europe » et comportant, après une année de formation linguistique au français de jeunes chinois déjà anglophones, des cours sur les grandes familles juridiques européennes et sur le droit européen, puis des stages dans les principales institutions communautaires et la visite de deux cours européennes, avec la possibilité d'assister à des audiences, y compris à la Cour européenne des droits de l'homme. L'impact se révèle positif, complémentaire du programme européen (EU-China) destiné à des professionnels du droit déjà engagés dans la vie active, financé par l'Union européenne et mis en place depuis un an par un consortium dirigé par le *British Council* (sous le contrôle d'un *steering committee* dont je suis l'un des membres).

Cette aventure chinoise s'est accompagnée à diverses occasions de conférences dans d'autres parties du monde (notamment Bogota en 1997, Buenos Aires et New York en 1998, Singapour en 2000, Parana en 2001), me permettant de mesurer les différences d'intégration juridique entre le droit européen et d'autres instruments régionaux, comme le Pacte des Andes, le Mercosur ou l'Asean. Elles m'ont permis aussi de confirmer cette vision plutôt positive de l'Europe, au vu de l'intérêt manifesté pour la construction européenne dans sa dualité (Europe économique et Europe des droits de l'homme) et dans son pluralisme (qui conduit à placer la recherche d'un droit commun au confluent des traditions nationales sans qu'aucune ne soit en mesure de s'imposer aux autres). Quant au dialogue avec les pays d'Islam, j'ai pu l'amorcer en reprenant avec une équipe de juristes de plusieurs pays (Égypte, Iran, Tunisie, Sénégal) les mêmes thèmes relevant du droit économique et des droits de l'homme (22). J'ai cependant constaté, en donnant une série de conférences en Iran (121,123), l'extrême difficulté d'une comparaison qui, pour dépasser le formalisme, supposerait un véritable dialogue des civilisations.

Il s'agit seulement du début d'une recherche qui rendrait possible, au confluent des études juridiques comparatives et d'une analyse des constructions internationales, régionales et mondiales, une réflexion qui ne réduise pas les juristes à répondre à la mondialisation du droit par des stratégies de compétition, mais les incite aussi à l'innovation (178). Mais l'innovation ne doit pas exclure le réalisme ; bien au contraire car nous savons que la Déclaration « universelle » des droits de l'homme ne fait qu'annoncer un universalisme qui reste à construire. Nous savons aussi que les moyens qui commencent à se mettre en place sont encore très insuffisants, en terme de légitimité comme en terme d'efficacité, qu'il s'agisse du commerce mondial avec l'OMC ou de la justice pénale internationale. En créant en 1993 le tribunal pénal international (TPI) pour l'ex-Yougoslavie, en 1994 le TPI pour le Rwanda, enfin en adoptant à Rome en 1998 le statut de la future Cour pénale internationale, la communauté internationale relance le processus que le professeur Dupuy annonçait déjà comme l'émergence d'une humanité-promesse. A des titres divers, le patrimoine commun de l'humanité en droit de l'environnement, le crime contre l'humanité en droit pénal évoquent d'emblée un universel normatif, même si l'observation empirique conduit plutôt au constat de relativisme. Cette tension est au cœur du programme de recherche développé cette année dans le cadre de la Chaire Blaise Pascal, attribuée sur ma proposition au président Cassese, juriste internationaliste qui fut le premier président du tribunal pénal international.

Cet ensemble de travaux a été facilité par la création en 1997 d'une UMR de droit comparé dont la direction me fut confiée, ainsi que d'une Ecole doctorale de droit comparé, la première en France, que j'avais dirigée au départ et que je dirige à nouveau depuis 2000. La synergie entre l'UMR et l'Ecole, autour d'activités de recherche communes, a permis en mai 2001 de reprendre, à cent ans d'intervalle, sous le titre *Variations autour d'un droit commun*, ce thème qui avait été discuté lors du congrès international de droit comparé tenu à Paris en 1900.

Ces « Premières Rencontres » de l'UMR de droit comparé appellent une suite, dont il resterait à définir les grandes lignes.