

## Table ronde prospective : comment sortir de l'impasse ? Mireille Delmas-Marty

Si j'ai employé le terme d'**impasse**, c'est pour deux raisons qui tiennent à la **persistance des dangers** et à l'**inadéquation des réponses**.

**Persistance des dangers** car la critique des politiques sécuritaires, passées et présentes, ne suffit évidemment pas à faire disparaître les dangers que ces politiques sont supposées éradiquer.

Bien au contraire, l'analyse révèle que l'imprévisibilité des dangers a sans doute augmenté avec les incertitudes accrues dans le domaine économique et social, mais aussi avec les interactions croissantes liées aux nouvelles technologies.

Or, l'imprévisibilité des dangers contribue à nourrir la peur. Peur des risques globaux (risques environnementaux, comme le changement climatique ; ou sanitaires, comme les épidémies) : mais aussi la peur de l'autre, quand il apparaît comme une menace : délinquant (auteur de meurtres, d'attentats sexuels, de violences volontaires), ancien délinquant (récidiviste ayant exécuté peine), délinquant potentiel, ou personne seulement potentiellement dangereuse (malades mentaux, étrangers en situation irrégulière, mineurs « à risques »). Et la peur tend à brouiller les frontières entre les réponses aux risques (droit civil ou droit de l'environnement) et les réponses aux menaces (droit pénal).

D'où l'**inadéquation des réponses**, marquées par une certaine porosité entre différents secteurs du droit : l'évolution de la responsabilité civile, de la réparation à la prévention, puis à la précaution, transposée en droit pénal, contribue à légitimer, au nom de la sécurité, l'atteinte à des libertés (liberté d'aller et venir), ou à des droits essentiels (l'égalité de dignité, le droit à la vie privée).

La propagation de la peur aurait ainsi facilité la transposition du principe de précaution des risques naturels ou technologiques à la criminalité, réelle ou potentielle, au point de justifier presque sans protestation du public, l'autonomisation de la dangerosité, le scandale des sites noirs et de la torture, ou cette redoutable transposition du concept de traçabilité des produits alimentaires aux êtres humains que dénonce le Président de la CNIL : « Cette société du tout-traçable devient un cauchemar, mais si l'on n'instaure pas aujourd'hui de puissants garde-fous, il sera très vite trop tard »<sup>1</sup>.

Il n'est pas sûr qu'il soit entendu car le consensus actuel tient à une simplification de ce concept extrêmement complexe qu'est la sécurité humaine.

Quand on lit des rapports hautement sophistiqués, comme celui élaboré par le Forum économique mondial<sup>2</sup>, qui tente de modéliser les corrélations entre vingt-trois catégories de risques globaux, on comprend qu'il soit plus facile de désigner, le plus tôt possible, un ennemi clairement identifié.

Il est plus facile aussi d'utiliser systématiquement le fait divers, qui paraît s'imposer avec la force de l'évidence, alors qu'il permet toutes sortes de manipulations et n'est rien d'autre qu'une diversion<sup>3</sup>.

La diversion, et la confusion, ainsi créées entre les exemples les plus particuliers (le dernier fait divers et la compassion bruyamment exprimée à l'égard des victimes) et les études de risque les plus générales, inspirées des méthodes relatives aux risques globaux, conduisent tout droit à l'illusion qu'il existe un moyen d'abolir le hasard et de prévenir toutes les menaces : exclure toute personne identifiée comme dangereuse.

---

<sup>1</sup> A. Turk, « Le réveil sera très douloureux », *Libération*, 28-29 mars 2009.

<sup>2</sup> World Economic Forum, *Global Risks 2007, A Global Network Report*, Davos.

<sup>3</sup> M. Crépon, *La culture de la peur, I, Démocratie, identité, sécurité*, Galilée, 2008, p. 67.

Diversions, confusion et illusion s'unissent alors pour démontrer que la sécurité est un droit qui doit l'emporter sur les libertés et finalement justifier le recours à la force. Quelle meilleure définition de l'impasse que le célèbre texte de Pascal (« ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble, et que la paix fût, qui est le souverain bien ») ?

**Comment sortir de l'impasse**, comment fortifier la justice, c'est à ces questions que Christine Lazerges, qui évoquera plutôt son expérience, notamment législative, en droit interne, puis Bernard Manin, qui se placera dans une perspective constitutionnelle comparée, tenteront de répondre.

Pour ma part, je voudrais suggérer deux voies ouvertes par les phénomènes d'internationalisation du droit : refuser l'inhumain et accepter l'imprévisible.

### ***Refuser l'inhumain : le droit pénal de l'inhumain***

La montée en puissance du droit international des droits de l'homme est un phénomène nouveau, sans précédent dans l'histoire. On ne l'a observé ni à l'époque des doctrines de défense sociale, ni même à l'époque de la doctrine de la défense sociale nouvelle.

En posant le principe de l'égalité de dignité de tous les êtres humains, les droits de l'homme substituent une anthropologie humaniste à une anthropologie guerrière.

Car les deux conceptions ont évolué, chacune à leur manière : si la perspective guerrière s'est élargie, d'une anthropologie déterministe à une anthropologie « probabiliste », qui intègre des études statistiques de probabilité ; la perspective humaniste s'est approfondie, du libre arbitre, qui valorise les libertés, à l'égalité de dignité qui symbolise « l'irréductible humain ».

Cet approfondissement permet d'opposer au droit pénal de l'ennemi un contre-modèle, celui d'un « droit pénal de l'inhumain », inhumain dans deux sens : inhumanité du criminel par rapport à la victime et inhumanité de la peine ou du traitement appliqué au criminel (cf. article 3 CESDH).

Par rapport aux ambivalences de la doctrine « moderne » évoquées par Jean-Louis Halpérin, le droit international des droits de l'homme introduirait une nouvelle ambivalence. Le droit pénal de l'inhumain comporterait en effet deux aspects (qui se confondent seulement quand un crime contre l'humanité est imputé à un responsable officiel) : la protection de la société (des victimes) contre les délinquants, auteurs de crimes contre l'humanité (qui relèvent de la justice pénale internationale et parfois de la compétence universelle des juridictions nationales) mais plus largement des crimes les plus graves ; mais aussi la protection des délinquants contre la société, en cas de peine ou de traitement inhumain infligés au nom de l'Etat (cf. les droits « indérogeables » comme le droit à la dignité, l'interdiction de la torture).

La Cour européenne des droits de l'homme a résisté jusqu'à présent à la peur et à la tentation des Etats de justifier la torture ou les traitements inhumains au nom de la protection de la sécurité et de la lutte contre le terrorisme (de l'arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni* en 1978 jusqu'à l'arrêt *Saadi c/ Italie* en 2008). C'est aussi à la Cour qu'il reviendra de se prononcer sur la conventionnalité des mesures d'internements de sûreté (l'affaire *Mücke*, dont la Cour a été saisie en 2008, concerne un requérant, condamné en 1986 à cinq ans d'emprisonnement pour tentative de meurtre et vol qualifié, emprisonné depuis 23 ans à raison de l'application de telles mesures) au regard du principe de non-rétroactivité (art. 7), du droit à la liberté (art. 5) et à l'égalité de dignité (art. 3).

Mais refuser l'inhumain au nom de l'égalité de dignité de tous les êtres humains, c'est aussi prendre le pari de la confiance malgré la part d'imprévisible.

### **Accepter l'imprévisible : la sécurité, un bien commun mesurable**

L'imprévisible est d'abord une question philosophique : liée à la notion de causalité, elle renvoie à la contingence et au hasard. Mais la philosophie et les sciences laissent ouverte la question de savoir si

« la contingence est rebelle à la raison ou réductible à un hasard maîtrisable par les sciences »<sup>4</sup>. Habermas en souligne les vertus inclusives (la solidarité face à l'imprévisible) : « Il faut miser sur le fait que la globalisation des risques a uni le monde, objectivement uni le monde, pour en faire une communauté involontaire fondée sur les risques encourus par tous »<sup>5</sup>. Et U. Beck<sup>6</sup> défend un réalisme cosmopolitique qui conduirait à responsabiliser l'humanité à l'ère des menaces globales : « Personne ne peut se soustraire à l'imbrication des responsabilités caractérisant la société mondiale du risque ».

Or l'application juridique de telles approches, au nom du fameux principe de précaution, ne va pas de soi : même face aux risques globaux pour la sécurité humaine, le principe de précaution ne doit pas conduire vers une extension vers une responsabilité illimitée (qui paralyserait toute action humaine) ; et la transposition du principe aux menaces individuelles conduit au double paradoxe illustré par la rétention de sûreté : loin de responsabiliser, on semble désresponsabiliser le condamné, que l'on enferme non pour ce qu'il a fait mais pour ce qu'il est ; non pour le punir mais pour le mettre hors d'état de nuire et si possible le traiter ; loin de renforcer la solidarité (une politique d'inclusion), on favorise l'exclusion en légitimant, au nom du droit à la sécurité, une légitime défense préventive.

Face à « la puissance de l'imprévisible »<sup>7</sup>, mieux vaut considérer la sécurité, non pas comme un droit, mais comme un bien commun que l'on pourrait qualifier de bien public mondial. Si la sécurité est un tel bien, de nature mesurable, protéger la sécurité implique d'évaluer les seuils de tolérance, c'est-à-dire la part d'imprévisible qu'une société peut accepter<sup>8</sup>. Pour cela, il faudrait transformer le principe de précaution, le concevoir comme un principe d'anticipation qui doit stimuler la recherche et inciter à mettre en place des dispositifs de prévention générale et d'alerte ; mais aussi comme un principe de modération, car il ne peut s'appliquer de façon absolue et selon une logique binaire. Une telle conception n'implique pas seulement l'adoption de seuils de tolérance qui remplacent la logique binaire par une logique de gradation, mais aussi la détermination de conditions renforçant la transparence (définir les critères du risque acceptable) et la rigueur (évaluer les seuils de tolérance selon les mêmes critères dans les divers domaines de délinquance, y compris la délinquance économique et financière).

Mais il reste alors la dimension politique. S'il est vrai que l'exigence sécuritaire semble liée à une forme de désenchantement du politique<sup>9</sup> (c'est le seul lien social qui reste), en revanche, la dédramatisation de la sécurité, qu'implique la reconnaissance de seuils de tolérance, suppose un minimum de confiance. Celle-ci ne se décrète pas mais elle peut être encouragée en substituant, à la démagogie du « risque zéro » et de l'éradication du crime, une pédagogie de la complexité et du risque acceptable : une pédagogie qui reconnaît la « finitude humaine »<sup>10</sup>.

J'ai privilégié l'exemple de l'Europe parce qu'il montre comment une solidarité d'abord involontaire, fondée sur la peur engendrée par deux guerres mondiales, peut se transformer progressivement en une solidarité volontaire : le principe de solidarité est désormais inscrit dans les traités européens.

---

<sup>4</sup> B. Saint-Sernin, D. Andler, A. Fagot-Largeault, B. Saint-Sernin, *Philosophie des sciences II*, p. 887.

<sup>5</sup> J. Habermas, *La Paix perpétuelle, Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Cerf, 1996.

<sup>6</sup> U. Beck, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Aubier, « Alto », 2006.

<sup>7</sup> N. N. Taleb, *Le cygne noir ou la puissance de l'imprévisible*, Les belles lettres, 2007.

<sup>8</sup> J.-C. Froment, « Exécution des peines, techniques et technologies- Evolution des fondements de la pénalité et rationalité politiques », in *L'exécution des décisions pénales en Europe*, Dir. Adm. pénitentiaire, déc. 2008.

<sup>9</sup> M. Foessel, « La sécurité : paradigme pour un monde désenchanté », *Esprit*, 2008.

<sup>10</sup> P. Ricœur, « Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », in *Le juste*, éd. Esprit, 1995, notamment p. 68-69. Comme le suggérait Paul Ricœur, il est nécessaire de concilier deux visions de la responsabilité : la vision courte d'une responsabilité limitée aux effets prévisibles et la version longue d'une « responsabilité illimitée ». Les deux visions doivent être conciliées car il faut bien admettre que si la négligence des effets collatéraux rend l'action humaine malhonnête, une responsabilité illimitée la rendrait impossible. Et Ricœur d'ajouter : « c'est bien un signe de la finitude humaine que l'écart entre les effets voulus et la totalité indénombrable des conséquences de l'action soit lui-même incontrôlable », Il conclut par cet avertissement que l'extension de la responsabilité dans l'espace, et surtout l'allongement dans le temps de la portée de la responsabilité, pourraient avoir un effet inverse de l'effet souhaité dans la mesure où le sujet de la responsabilité pourrait ainsi devenir insaisissable.

Quant à la solidarité avec les pays tiers... si l'on veut que « marché » rime avec « humanité », il faut accepter le changement de la relation au temps. A la différence des anciennes communautés nationales dont le vouloir s'enracinait dans une mémoire et un passé communs<sup>11</sup>, c'est un vouloir tourné vers l'avenir qui devrait caractériser cette communauté mondiale qui émerge à peine et que je propose nommer communauté de destin.

---

<sup>11</sup> F. Tönnies, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure* (1922), PUF, 1977.