

Lire Mireille Delmas-Marty - *Du droit pénal à la politique criminelle*

Lire Mireille Delmas-Marty Avant-propos

Geneviève Giudicelli-Delage

497

« Que les idées circulent »

Un jour qu'elle me faisait constater qu'un auteur lui avait largement emprunté sans jamais la citer, elle avait, après un léger agacement, finalement conclu : « Après tout, l'essentiel, c'est que les idées circulent ».

Qu'on la lise était le plus grand souhait de Mireille Delmas-Marty. Non par narcissisme (elle n'en avait pas une once). Mais par *souci de servir* : elle était simplement consciente de l'importance de son œuvre et de son utilité pour tenter de relever les

défis de notre monde présent et à venir. Elle, qui écrivait¹ qu'il faudrait « aux humains beaucoup d'audace et d'imagination, alliées à une immense sagesse, pour échapper aux totalitarismes de toutes sortes² et s'engager sur les routes imprévisibles d'un monde habitable pour tous³ », n'ignorait pas qu'elle avait, par son audace et son imagination, commencé à dessiner le chemin et elle espérait que son œuvre permettrait à d'autres de continuer la trace et d'inventer la suite de ce chemin⁴. Car, pour elle, il y avait un chemin. C'était là sa sagesse : entre lucidité et espérance. « Même si

(1) Ce sont les dernières lignes de son ouvrage *Sortir du pot au noir – L'humanisme juridique comme boussole*, Buchet Chastel, 2019.

(2) Qu'elle nomme : « Tout-Marché, Tout-Numérique ou Terre-Mère ».

(3) Qu'elle nomme : « Tout-Monde ».

(4) *Leçon inaugurale, Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Collège de France – Fayard, 2003, p. 20.

le ciel s'est assombri »⁵ ... Elle voulait « résister au pessimisme »⁶ et croire qu'il était encore possible de redonner souffle à ce monde à bout de souffle⁷. Cette sagesse constituait sa grande force, parce qu'elle était tout à la fois apaisante et vivifiante, susceptible par là même d'entraîner dans son sillage ceux auxquels l'avenir – « c'est l'avenir qui compte », disait-elle – s'offre encore et qu'elle appelait « les plus jeunes »⁸. Il suffit de lire les mots, sur lesquels nous avons souhaité ouvrir ce numéro, de Juliette Tricot, Carlo Sotis, Emanuela Fronza ou Luca d'Ambrosio pour comprendre qu'il en fut bien ainsi. Et s'ils ont eu, avec d'autres, la chance de côtoyer longuement Mireille Delmas-Marty, si sa présence leur a insufflé de son élan vital, c'est dorénavant, eux aussi, dans son œuvre qu'ils trouvent et trouveront leur inspiration.

Mais que l'on ne se méprenne pas sur son souhait. Elle n'a jamais voulu que sa parole soit sacréalisée, qu'elle soit figée dans le marbre. Le faire serait un contresens absolu. Personne ne l'exprime mieux qu'elle : « Ne nous trompons pas de route. Il ne s'agit pas de remplacer un dogme par son contraire. Il faut renoncer aux certitudes de la pensée dogmatique pour les incertitudes d'une pensée dynamique, qui évoque la "pensée du trem-

blement" (Glissant) ; c'est une pensée en mouvement, qui, afin de s'adapter à l'imprévisible, doit accepter de rester modeste : reconnaissant ses erreurs au lieu de les cacher, elle apprend à les corriger, par une sorte de bricolage, ajustement et réajustement »⁹. Cette route qu'elle décrivait pour l'humanité pourrait tout aussi bien décrire sa propre œuvre. Cette « pensée en mouvement » était la sienne.

Et son désir profond était d'éveiller d'autres « pensées en mouvement », qui pourraient se déployer, comme la sienne, en toute liberté (avec « audace, imagination et sagesse »). Quant à nous, notre ambition, en faisant retour à son œuvre, est de concourir – du moins l'espérons-nous – modestement à cet éveil.

Retour sur une œuvre

Une œuvre foisonnante, non seulement parce qu'elle compte quelque trois cents ouvrages et articles¹⁰, mais plus encore parce que Mireille Delmas-Marty « ne s'interdisait rien » (Claire Saas), aucune lecture, aucune référence, aucun champ d'étude. Pour autant, la diversité n'est pas dispersion. La « Cartographie » de son œuvre,

(5) M'avait-elle écrit en dédicace de son *Aux quatre vents du monde*.

(6) *Sortir du pot au noir*, p. 90.

(7) *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016, p. 7.

(8) *Leçon inaugurale*, p. 20.

(9) M. Delmas-Marty in *Dans la spirale des humanismes, une conversation entre Olivier Abel et Mireille Delmas-Marty*, (en ligne : <https://geopolitique.eu/articles/une-spirale-des-humanismes/>), Revue européenne du droit, n° 2 : « Gouverner la mondialisation », sept. 2021.

(10) Pour une bibliographie très complète (sans être pour autant exhaustive), consulter <https://bit.ly/3Sn1vHt>.

en « Régions et thèmes »¹¹, qu'elle avait établie pour ses *Mélanges*¹², tout à la fois montre ce foisonnement¹³ et l'ordonne. Les régions conjuguent linéarité chronologique et succession thématique. « Chaque ouvrage semble appeler le suivant. Les livres, de façon en quelque sorte magique, s'emboîtent les uns dans les autres » (Christine Lazerges). Ce qu'à sa manière, Mireille Delmas-Marty confirmait : « Ayant commencé à m'engager sur les chemins de la répression, puis complété l'étude des modèles de politique criminelle par celle des mouvements, j'ai toujours privilégié les métaphores dynamiques, mais je ne savais pas que ce serait une marche aussi longue. Opposer les nuages ordonnés à la pyramide des normes m'a permis de montrer non seulement les interactions horizontales des systèmes de droit structurés de plus en plus souvent en réseau, mais encore leur instabilité. Les nuages m'ont suggéré la métaphore des vents comme souffles symbolisant l'esprit des droits, puis la quête d'une boussole pour s'orienter

parmi les vents contraires, sans pôle Nord, dite "boussole des possibles", qui symbolise les tensions selon différents plans de différenciation »¹⁴. Une longue marche, qui a ainsi conduit Mireille Delmas-Marty, au fil de sa progression, à parcourir des régions de plus en plus vastes – de l'étroitesse du droit pénal de la construction (première œuvre) à l'ampleur d'un jus commune universalisable (dernière œuvre) – si bien que, si l'on voulait figurer, de manière géométrique, son parcours, c'est l'image d'un cône qui sans cesse s'évaserait qui s'imposerait à l'esprit. À condition, toutefois, d'immédiatement la corriger, car, trop droite, trop simple, elle ne dit rien des enchaînements, des enchevêtrements, des frontières et de leurs déplacements successifs, des confluents repensés, des ajustements et réajustements, rien de ces « boucles » dont Mireille Delmas-Marty disait qu'elles « introduisent l'idée d'une interaction » – que l'on trouve dans les thèmes, lesquels échappent parfois à la chronologie et font retour. C'est donc bien plutôt l'image d'un cône ascendant qui

(11) VIII régions et quelque 40 thèmes : I - Droit pénal et procédure pénale - Les sociétés de construction devant la loi pénale (thèse) (1970) - Le droit pénal des affaires (1973) - Les chemins de la répression (1980) - La mise en état des affaires pénales (réforme de l'instruction) (1991) - Procédures pénales d'Europe (2002) ; II - Politique criminelle - Modèles et mouvements de politique criminelle (1983) - Les grands systèmes de politique criminelle (1992) - Quelle politique pénale pour l'Europe ? (1993) - Punir sans juger ? (1992) - Libertés et sûreté dans un monde dangereux (2010) ; III - Europe pénale - Procès pénal et droits de l'homme - Vers une conscience européenne (1992) - Le Corpus Juris pour la protection des intérêts financiers de l'UE (Parquet UE), (1997) - La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres (2000) - L'harmonisation des sanctions pénales en Europe (2003) - Les chemins de l'harmonisation pénale européenne (2008) ; IV - Crimes internationaux - Crimes internationaux et juridictions internationales (2002) - Juridictions nationales et crimes internationaux (2002) - Le crime contre l'humanité (2009, 2^e éd. 2018) - Terrorismes. Histoire et Droit (2010) - Le crime d'écocide (à paraître) ; V - Droit comparé : Chine, pays d'Islam, États-Unis - Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal - Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne (5 vol. Europe-Chine (1995-1997), 1 vol Europe-Islam (1999) ; Les processus d'internationalisation (2001) - Le clonage reproductive humain (Chine-Europe-Monde) (collectif) (2002) - La Chine et la démocratie (collectif) (2007) - Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France-États-Unis (collectif) (2009) ; VI - Théorie du droit - Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme (1986, 2^e éd. 2004) - Raisonner la raison d'État (1989) - Les forces imaginantes du droit : vol. 1 Le relatif et l'universel (2004) - Les forces imaginantes du droit : vol. 2 Le pluralisme ordonné (2006) ; VII - Autour d'un droit commun - Pour un droit commun (1994) - Vers un droit commun de l'humanité (1996) - Trois défis pour un droit mondial (1998) - Variations autour d'un droit commun (2002) - Les forces imaginantes du droit : vol. 3 La refondation des pouvoirs (2007) - Les forces imaginantes du droit : vol. 4 Vers une communauté de valeur ? (2011) - Hominisation et humanisation (collectif non encore publié) - Résister, responsabiliser, anticiper (2013) - L'environnement et ses métamorphoses (collectif) (2015) - Sur les chemins d'un Jus commune universalisable (2021) ; VIII - Nuages, vents et boussoles - Au pays des nuages ordonnés (conclusion de Pour un droit commun) - Aux quatre vents du monde - Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation (2016) - Sortir du pot au noir - L'humanisme juridique comme boussole (2019) - Une boussole des possibles - Gouvernance mondiale et humanismes juridiques (2020).

(12) Cheminer avec Mireille Delmas-Marty, *Mélanges ouverts en l'honneur de Mireille Delmas-Marty*, Mare et Martin, 2022, p. 23.

(13) Alors même qu'elle ne comporte que ses principaux ouvrages.

(14) Dans la spirale des humanismes, déjà cité.

contiendrait (aux deux sens du terme) des cercles successifs non fermés, les suivants empruntant aux précédents tout en s'élargissant, formant une boucle toujours recommandée et jamais close (une spirale que la main ne pourrait dessiner qu'en ne se levant jamais)¹⁵, qui figurerait au plus juste la complexité de sa pensée en mouvement¹⁶.

Une œuvre en cela même fascinante, concrétisation de l'alliance des contraires (rigueur des droites et souplesse des courbes) dans une pensée qui se refuse à être « binaire », qui « croise », « associe », fait « communiquer », ouvrant sur une créativité toujours renouvelée (celle que permet la spirale) mais toujours contenue dans des limites (celle de l'espace du cône) : « logique de gradation » (à la « méthode complexe mais adaptable car les seuils peuvent varier en fonction des circonstances ») et limites des « valeurs considérées comme des barrières infranchissables », « contraintes juridiques », « rigueur de la méthode ». Une créativité qui dès lors n'est pas sans évoquer celle qui, pour Mireille Delmas-Marty, pourrait être « consacrée comme quatrième principe constitutif de l'humanité, principe régulateur pour stabiliser le couple innovation/conservation »¹⁷ : manière, pour nous, de remarquer une fois encore « l'intime identité du chemin et de la parole »¹⁸.

Mais, tout aussi fascinante est la fidélité de Mireille Delmas-Marty à son objectif. Contrairement à ce que certains laissent entendre, quels que soient les chemins empruntés (fussent-ils ceux de la science, de la poésie ou de la sculpture), les outils utilisés, elle a toujours été et n'a cessé d'être une juriste, interrogeant le champ juridique dans sa complexité, imaginant ses possibles mises en ordre,

pour tenter de répondre à une question fondamentale, qui sous-tend toute son œuvre : « Que peut le droit ? » face aux crises et désordres divers, et, de nos jours, face au grand désordre du monde. Et plus encore peut-être, sa fidélité à elle-même, à ce qu'elle était profondément. Alors que son œuvre s'est déployée, pendant un demi-siècle, dans des champs différents et toujours plus larges (du droit technique à la théorie du droit, du droit interne à un possible droit commun de l'humanité, etc.), s'est renouvelée sans cesse pour s'adapter à un monde en mouvements, il suffit de lire ses premières œuvres pour comprendre que tout ce qui fait « Mireille Delmas-Marty » était déjà là¹⁹ : sa posture, sa méthode, le travail des mots, sa clairvoyance, son attachement à certaines valeurs, sa manière de raconter un monde pris entre des logiques différentes, sa recherche d'un certain ordre, ses « paris », etc. En détournant l'une de ses métaphores, je dirais que, dès ses premières œuvres, elle avait trouvé « son fil à plomb », qui lui a permis d'*« innover »* tout en « conservant » ce qui pour elle était fondamental.

C'est donc à des lectures de l'œuvre d'une juriste, ouverte sur le monde, que nous vous convions. Des lectures, car, bien évidemment, il n'était guère envisageable de viser à l'exhaustivité. La Cartographie de Mireille Delmas-Marty nous a servi de guide : chaque auteur a choisi une œuvre parmi les thèmes qui parcourent les régions, lesquelles ont été regroupées en trois sphères : la première comprend les Régions I et II, la deuxième les Régions III à V, la troisième les Régions VI à VIII. Chaque sphère constitue un des trois volets de *Lire Mireille Delmas-Marty*. C'est le premier volet que nous publions dans ce numéro.

(15) Mireille Delmas-Marty et les années UMR, SLC 2005. 25 et 26.

(16) On pourrait aussi figurer les huit régions de son œuvre comme une « rose des vents décentrée ». V. Cheminer avec Mireille Delmas-Marty, op. cit., p. 24-25.

(17) Sortir du pot au noir, op. cit., p. 91.

(18) Mireille Delmas-Marty et les années UMR, op. cit., p. 25.

(19) V., notamment pour Les chemins de la répression, Cheminer avec Mireille Delmas-Marty, op. cit., p. 33 s.

Du droit pénal à la politique criminelle

Remontons à la source, à la toute première œuvre, sa thèse de doctorat : *Les sociétés de construction devant la loi pénale*. Un sujet « très technique » – du moins « apparemment », dira-t-elle plus tard – mais dans lequel « Mireille Delmas-Marty » se dessine déjà. Par l'objet d'étude choisi : un champ inexploré ; sa méthode : l'ouverture à la pensée de non-pénalistes ; sa maîtrise de la technique tout en la dépassant ; son questionnement des concepts et des frontières ; son souci de mises en ordre ; les voies nouvelles annonciatrices de bien de celles à venir. La lecture des travaux de Gérard Farjat sur l'ordre public en droit économique (qui distinguait entre 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), lui avait, en effet, suggéré la distinction, qui charpentera ensuite son *Droit pénal des affaires*, entre « un ordre pénal de protection qui conduisait aux classiques délits d'action, et un ordre pénal de direction, fait d'obligations positives, qui entraînait la multiplication des délits d'omission », afin de tenter « d'expliquer le particularisme et, parfois les contradictions, du droit pénal des affaires ». Ce sujet, si apparemment étroit, lui dévoila également les frontières incertaines entre les diverses branches du droit (pénal, administratif, civil). Et quand, très vite, elle se tourna vers ces disciplines émergentes qu'étaient, à l'époque, le droit de l'environnement et les biotechnologies – avec cette prescience qui lui permit de déjà mesurer leur importance – elle fit le même constat mais amplifié : ces droits « déplacent le jeu des frontières », frontières entre les branches du droit, frontières entre les disciplines, frontières – en raison de pratiques souvent transnationales – entre les États. Et l'on voit comment, à partir de ces premiers objets d'étude, s'est dessiné le chemin qui la conduit du droit pénal à la politique criminelle.

D'autant que la publication, en 1973, de son *Droit pénal des affaires*, si novateur, avait attiré l'attention de la doctrine française mais aussi étrangère (à l'occasion d'invitations, se développa ainsi son regard comparatiste). Elle avait également attiré l'attention des gouvernants. Débuta alors ce que Mireille Delmas-Marty appela ses « premières expériences du travail législatif » : réforme du droit pénal des affaires, réforme des sanctions en matière d'environnement. Sa notoriété croissante, la publication de cet autre ouvrage fondamental que sont *Les chemins de la répression* lui valurent de participer à la Commission de réforme du code pénal présidée par Robert Badinter, puis de présider elle-même l'emblématique *Commission Justice pénale et droits de l'homme* chargée de la réforme de la procédure pénale. Même si elle exprimait une certaine déception quant à ces expériences, devant la faible réception politique de ces travaux, elle ne sous-estimait pas ce que cette « prise sur la réalité » apportait à sa réflexion. Ces expériences ont, en effet, nourri « le rêve », partagé avec Gérard Timsit, « d'une théorie "systémale" qui se construisait sur des concepts transversaux aux systèmes et aux appareils nationaux et leur découvrait une langue et une grammaire communes ». « En attendant », pour Mireille Delmas-Marty, « il s'agissait de construire des modèles qui permettraient de substituer aux systèmes apparents, le système réel, dans sa diversité et son ordre propre ». Elle s'engagea donc dans « une modélisation destinée à comparer non les systèmes de droit pénal, mais plus largement, ceux de politique criminelle, le terme visant l'ensemble des pratiques juridiques du contrôle social ». C'est ainsi que sont nés *Modèles et mouvements de politique criminelle*, puis, plus tard, *Les grands systèmes de politique criminelle*.

C'est à quatre étapes fortes de ce chemin que les contributeurs de ce numéro se sont arrêtés. La présentation des lectures des œuvres choisies suit la présentation chronologique que Mireille Delmas-Marty avait faite de ces deux régions et des thèmes qui les parcoururent. Il faut dire que

toute autre présentation aurait été délicate en raison des interactions que ces œuvres entretiennent entre elles.

La première œuvre choisie est *Droit pénal des affaires*. Dans sa lecture, Adàn Nieto Martin montre qu'il est tout à la fois un ouvrage absolument original et essentiel, précurseur des mouvements et mutations qui sont ceux de ce droit aujourd'hui (gouvernance d'entreprise, droit supranational, nécessaire respect de l'environnement et des droits de l'homme) et un « splendide » manuel (rappelant à ceux qui l'auraient oublié que Mireille Delmas-Marty était aussi une très grande technicienne).

La deuxième, *Les chemins de la répression*, est ce livre, si « rare », tout à la fois si particulier et si fondateur, dont Claire Saas souligne qu'il « nous donne à voir les mille et une facettes de Mireille Delmas-Marty, au carrefour des droits, des sciences humaines et des arts » : « un melting-pot » pour autant « clairement structuré » par les « lignes de la logique » et le « cercle de la magie »²⁰, au soutien, grâce à une « pluralité d'outils » – auxquels Mireille Delmas-Marty aura ensuite souvent recours –, d'une « démonstration forte » qui, tout en étant de « son temps », « anticipe », « imagine » (parce que « l'utopie d'hier prépare la réalité de demain »).

La troisième, *La mise en état des affaires pénales*, rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, est certes un travail collectif, mais, comme le note Raphaële Parizot, très inspiré par Mireille Delmas-Marty, au moins quant à la méthode (« remarquable, originale dans le choix des mots, la démarche suivie »), les « outils mobilisés » (droit comparé, droit des droits de l'homme), la présentation de « divers modèles possibles », l'exigence de

principes fondamentaux. En bref, un rapport « modèle », à la lecture duquel « on peut avoir l'impression, trente ans plus tard, d'en être toujours, à certains égards, au même point... de rupture ».

Ce sont deux ouvrages, tant l'un ne va pas sans l'autre (même s'ils peuvent se lire séparément), que Christine Lazerges a choisis pour la quatrième étape : *Modèles et mouvements de politique criminelle*, *Les grands systèmes de politique criminelle*. Nul n'en sera surpris, tant sont connus son intérêt pour la politique criminelle et ses propres œuvres en la matière. Et c'est ainsi, qu'après avoir rappelé tout ce que *Modèles et mouvements* et *Les grands systèmes* doivent aux *Chemins de la répression*, elle nous livre, appui pris sur l'œuvre de Mireille Delmas-Marty, une introduction limpide à la politique criminelle et un plaidoyer pour le développement de son enseignement.

Reste une cinquième contribution, celle de Pierre-Jérôme Delage, à propos de *Liber-tés et sûreté dans un monde dangereux*. Chronologiquement, ce livre n'appartient pas à cette première période de l'œuvre de Mireille Delmas-Marty : elle l'a écrit quelque trente ans après *Les chemins de la répression* et *Modèles et mouvements*. Et pourtant Mireille Delmas-Marty avait choisi d'en faire le dernier thème de la région Politique criminelle. Nous sommes là en présence d'« une boucle », d'un retour à des questions anciennes pour elle mais qu'une loi nouvelle avait réveillées si vivement qu'elle avait voulu consacrer un livre à ce « temps de tous les dangers » et en particulier à cette dérive qu'elle nommait « la déshumanisation du droit pénal »²¹, comme l'explique Pierre-Jérôme Delage, lequel souligne, au regard des évolutions récentes, « l'actualité et la clairvoyance de la réflexion de Mireille Delmas-Marty ».

(20) « C'est là qu'est la magie, l'irrationnel. Là sont les racines, si profondes que la raison ne peut les détrousser tout à fait » (*Les chemins*, p. 263). Et, comme en écho, quelque trente-cinq ans plus tard : « Peut-être avions-nous surévalué la place des raisonnements logiques et sous-évalué, malgré la persistance des « fureurs sacrées » et autres comportements (des individus comme des États) qui échappent à la raison (...) (Aux quatre vents du monde, p. 142).

(21) « Nous savions que la démocratie était fragile, mais nous pensions que le triptyque démocratie, état de droit, droits de l'Homme" qui la caractérisait résisterait aux dérives. Or nous découvrons qu'il peut facilement être détruit en quelques années dans la plupart des pays européens et jusque dans notre propre pays » (*La spirale des humanismes*, préc.).