

Observations sur le nouvel ordre pénal dans la pensée de Mireille Delmas-Marty¹

Sergio Garcia Ramirez

Professeur et chercheur émérite de l'Université nationale autonome du Mexique,
ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

263

Le 12 février 2022 disparaissait Mireille Delmas-Marty, dont les enseignements ont éclairé la pensée de plusieurs générations de juristes dans son pays et dans le monde. Auteur d'ouvrages de grand mérite, elle est largement reconnue pour sa pensée innovante et son enseignement magistral. Par sa présence comme par ses idées, elle a enrichi le Mexique. Je m'associe à l'hommage qui lui est si justement rendu, auquel se mêlent l'affection et l'admiration de tous ceux qui, chercheurs, professeurs, auteurs de traités ou encore praticiens du droit, ont bénéficié des enseigne-

ments de cette Française illustre et universelle. Je me contenterai de quelques lignes, dans le respect des limites fixées pour ces contributions. Il y aurait encore tant à dire sur les enseignements lumineux du professeur Delmas-Marty, ce qui a déjà été énoncé par une légion de collègues, de commentateurs et de disciples dans d'innombrables publications, auxquelles vient à présent s'ajouter mon humble témoignage.

Italien et citoyen du monde, Cesare Beccaria fut le témoin du spectacle de la torture et de la mort, spectacle auquel

(1) Traduit par Juliette Tricot. Ce texte reprend pour l'essentiel la *laudatio* que j'ai prononcée devant la Chambre des députés espagnole à l'occasion de la remise au professeur Mireille Delmas-Marty de la médaille Cesare Beccaria, décernée par la Société internationale de défense sociale à Madrid, le 20 janvier 2008. J'ai également été chargé de la *laudatio* pour le doctorat *honoris causa* décerné à Mireille Delmas-Marty par l'Institut national de sciences criminelles (Mexique, 22 nov. 2012), publiée dans la revue mexicaine *Criminalia*, année LXXVIII, n° 1, janv.-avr. 2013, p. 191 s., ainsi que dans la *Revista Penal* (Espagne), n° 25, janv. 2010, p. 69-78. Pour un commentaire plus détaillé de l'œuvre de Mireille Delmas-Marty, v., « Una aproximación al 'nuevo orden penal'. Pluralismo, armonización y orden jurídico en el pensamiento de Mireille Delmas-Marty », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Mexique), n° 126, sept.-déc. 2009, p. 1305 s.

contribuait ce « fatras volumineux des commentaires »² que l'on qualifiait alors de lois. Il a fallu construire à partir de là. Mireille Delmas-Marty, française et citoyenne du monde, nous donne à voir un paysage distinct. Y domine « l'imprécis, l'incertain, l'instable »³, en contraste avec l'idéal. De la *Civitas Maxima* de Vitoria à l'aube du ^{xxi}^e siècle, le rêve d'unité juridique a traversé les siècles et les cultures. Prévaut néanmoins « le grand désordre d'un monde excessivement fragmenté, presque disloqué par une mondialisation anarchique »⁴. Et il nous faut construire à partir de là.

Le professeur Delmas-Marty explore la théorie du droit, la politique pénale, le droit comparé, les droits de l'homme, le droit pénal international. Elle se déplace en cercles concentriques, volant très haut et virant très large. Elle a consacré ses travaux et son temps à la construction d'une doctrine rigoureuse, travail poursuivi au Collège de France. Elle s'intéresse à l'Europe, « laboratoire de la mondialisation »⁵, mais ne s'y limite pas. Elle est d'une citoyenneté plus large, navigue dans toutes les directions. Ses études sur l'Orient – principalement la Chine – et le monde islamique sont admirables. Ajoutez à cela l'Amérique latine. Au Mexique, mon pays, sa visite et son enseignement nous ont été profitables, car Mireille Delmas-Marty ne se borne pas au contexte immédiat, mais sait accueillir et respecter ce contexte médiat qui fait des deux hémisphères – et ceci à plus d'un titre – un seul monde exigeant.

Pour illustrer ses réflexions, elle affecte les expressions esthétiques. En

couverture du premier volume de sa quadrilogie *Les Forces imaginantes du droit* figure, telle une devise, le tableau de Maria Elena Vieira da Silva *La Voie de la sagesse* : une ascension ardue, déchiffrable et prometteuse. Lors d'une conférence à l'université d'Urbino, Mireille Delmas-Marty reprend la leçon de Paolo Uccello pour rendre compte de la diversité des chemins en direction d'un même but. Les trois versions de la *Bataille de San Romano* démontrent que la pluralité des lignes de perspective n'est pas synonyme de désordre, puisqu'elle oriente le spectateur.

Je prends son intérêt pour les arts plastiques comme un sauf-conduit pour me servir, à mon tour, d'une image : *Le Cri* d'Edvard Munch, une œuvre qui réduit l'homme à un hurlement, alerte lancée depuis la solitude et incitation à viser le firmament. En conciliant ainsi le relatif et l'universel, on ouvre la voie à une pluralité ordonnée. Tels sont les mots et les idées de Mireille Delmas-Marty. En rassemblant et en ordonnant les éléments, de l'individu au peuple, du peuple à la nation, de la nation à la région et de la région au monde, les forces imaginantes creusent le lit d'un destin double : celui de chaque individu et celui de l'espèce, deux éléments qui ne sauraient exister l'un sans l'autre. De là naîtra un nouvel humanisme. Je la cite : « Maintenir un écart sans imposer la fusion, et ainsi construire chaque chose comme un ordre, ou un espace ordonné : telle pourrait être la réponse à la complexité juridique du monde »⁶. C'est ainsi qu'on échappe à « la double menace d'un ordre hégémonique ou d'un désordre impuissant »⁷.

(2) V. *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Propos introductifs de Sergio García Ramírez (« Beccaria : el hombre, la circunstancia, la obra »), Fondo de Cultura Económica, México, reimp., 2006, p. 207.

(3) M. Delmas-Marty, *Le Flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 1986, p. 7.

(4) M. Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, op. cit., p. 7-8.

(5) Cf. « Integración de la Unión Europea », in AAVV, *Hacia la unificación del Derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y la homologación en México y en el mundo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, México, 2006, p. 48.

(6) M. Delmas-Marty, *Le Pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, p. 26.

(7) M. Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, Seuil, 2004, p. 414.

Les droits de l'homme sont le fait le plus universel de notre expérience : à la fois bouclier et épée. Lorsqu'il devint possible de les invoquer devant une juridiction internationale, ce fut une « révolution copernicienne » : « Le droit ne gravite plus autour de l'État, mais autour de l'être humain »⁸. Mireille Delmas-Marty explore tant la contribution des droits de l'homme à l'universalisme que la prestance tapageuse du marché sans frontières. Tandis que les premiers délimitent l'État et le contiennent, le second le soumet et le déborde.

Ce que nous faisons sera fondé sur des valeurs communes, difficiles à établir et hasardeuses à mettre en œuvre. Lorsqu'elle fut proclamée, la Déclaration universelle de 1948 causa des remous. Elle devrait – et devra – pourtant servir de fondement au droit objectif. Mireille Delmas-Marty n'ignore pas qu'évoquer des « valeurs communes de l'humanité » peut sembler « provocateur ou naïf » lorsque « renaît un fanatisme dont la vision du monde se réduit à une guerre sans merci entre le bien, identifié à une civilisation, et le mal, identifié à une autre ». L'avenir, souligne-t-elle, s'annoncerait comme un choc des civilisations, l'antithèse même de l'idée de valeurs communes.

Mais la recherche de ces valeurs doit se poursuivre, sans renoncer à la dignité humaine ni s'arc-bouter sur des conceptions hégémoniques, qu'elles soient d'ordre national ou régional.

L'auteur insiste sur la nécessité de reconstruire les pouvoirs. Il n'est pas surprenant qu'une telle tâche soit délibérément postulée. Tout est en reconstruction, comme c'est souvent le cas dans les villes trépidantes et les républiques confuses. La reconstruction des

pouvoirs implique à la fois l'État et la société, et ce non seulement dans leurs versions domestiques et étriquées, mais aussi dans leurs versions plus larges et désengoncées : celle des pouvoirs qui embrassent le monde et appliquent une dialectique qui leur est propre. « Il faut donc inventer un plan mondial de structures démocratiques » et « une société mondiale »⁹. Telle est sa proposition. Tous les acteurs y trouvent leur place, qu'ils soient institutionnels, économiques, civiques ou scientifiques. Dans la vision postmoderne de l'ordre juridique, l'État n'est pas seul maître à bord. Les pouvoirs y sont ainsi réinstitué pour laisser place à une « gouvernance mondiale qui implique de repenser les fonctions traditionnelles, de rationaliser la dispersion des compétences et de résoudre les tensions en redécouvrant la boussole qui nous guide »¹⁰.

Dans cet exercice de reconstruction, à la fois accidenté et inédit, les juges ont un rôle majeur à jouer. L'ancien droit espagnol parlait du juge comme d'un « homme de bien désigné pour rendre la justice », anticipation ibérique de la figure du *bon juge*. La mission reste la même. À présent, cependant, la bonté possède d'autres inflexions, tandis que la justice prend en charge des normes, des réalités et des attentes absentes des *Siete Partidas*. Aujourd'hui, les juges créent un double ordre croisé. Le juge national comme le juge international utilisent la grammaire du présent. Ils dialoguent, non sans prudence ni résistances périodiques. « Les juges nationaux deviennent les gardiens du droit international »¹¹, relève Mireille Delmas-Marty.

S'il y a déjà beaucoup à dire quant à la portée du pouvoir juridictionnel en tant que chef d'orchestre de la république

(8) *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit. Cours : Vers une communauté de valeurs ? – Les interdits fondateurs* (<https://bit.ly/3NFey4E>).

(9) M. Delmas-Marty, *La mondialisation du droit : chances et risques*, D. 1999. 43.

(10) M. Delmas-Marty, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit. Cours : La refondation des pouvoirs* (<https://bit.ly/3Q8UvgJ>).

(11) M. Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 204.

nationale, le débat est d'autant plus vaste s'agissant de la république universelle, ou plus modestement, de la république régionale. Qui est en charge de surveiller le surveillant ? C'est ainsi que je comprends le mot, plein d'humour, du doyen Carbonnier – que cite Mireille Delmas-Marty – lorsqu'il disait : « la Cour de Strasbourg est sortie de son lit, l'ennui est que l'on ne voit pas comment l'y faire rentrer »¹².

Sous l'égide du pluralisme ordonné, le professeur Delmas-Marty analyse la marge d'appréciation nationale permettant de donner une couleur locale aux règles générales. De cette façon, chaque État dispose d'« une sorte de droit à la différence »¹³, ouvrant ainsi le passage au relativisme. Cette marge nationale, dit Mireille, « est la principale clé d'un pluralisme ordonné ». Elle en souligne la dynamique centrifuge et en reconnaît les limites¹⁴. Cette doctrine, construite par l'Europe, agit dans un espace des plus délicats, où la moindre déchirure viendrait déconstruire les droits humains. Aussi, l'auteur met-elle en garde contre « l'utilisation arbitraire de la marge nationale » et invite le juge à raisonner avec rigueur et à « incorporer la raison » dans ses décisions¹⁵.

Au sein de la doctrine du professeur Delmas-Marty défilent successivement l'unification juridique, qui n'est que la « simple extension d'un système à vocation hégémonique », l'hybridation, « travail de composition »¹⁶, et l'harmonisation, un mot dont les résonances musicales nous renvoient aux temps anciens où les lois étaient associées au

chant et à la poésie¹⁷. Il faut noter que les changements, considérables, exigent « leur » temps propre. Il existe un *tempo* national. Pour le montrer, elle reprend l'allégorie du Palazzo Pubblico de Sienne, où la Justice et la Mesure, à savoir la Tempérance, vivent côte à côte, dans un esprit d'amitié et de compromis.

Une théorie de l'harmonisation pénale a été entreprise, dans laquelle défilent tant les agents du changement que les forces motrices, les processus et les modèles. Mireille Delmas-Marty analyse les résultats de cet effort de recherche collectif et observe une harmonisation à mi-chemin entre la simple coopération entre des systèmes indépendants et celle qui les rassemble en un tout unifié. Bien que les méthodes d'interaction coexistent en une forme de « polyphonie », au centre se trouve l'harmonisation, « comme s'il s'agissait de la voie royale pour l'intégration ». Une harmonisation qui implique – elle le reconnaît – l'énorme tâche de « rapprocher les systèmes nationaux et de leur ôter une partie de leur autonomie et des différences qui les distinguent »¹⁸.

La grande juriste aborde la politique criminelle sous l'angle de la science et de la volonté : savoir et vouloir, tous deux indispensables. L'absence de l'un ou l'autre condamnerait l'effort à l'infertilité. Elle dénonce les « perturbations dans le domaine pénal ». Ce ne sont pas nécessairement des calamités, mais à tout le moins des variations dans le cours régulier de l'eau qui coule sous le pont. Les incriminations se multiplient,

(12) Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho, *La Ley, Revista Penal*, 15, enero 2005, p. 49. Le texte en français est publié dans : M. Delmas-Marty, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Seconda Università degli Studi di Napoli, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, p. 7 s.

(13) M. Delmas-Marty et G. Soulier, « Introduction. Restraining or Legitimizing the Reason of State ? », in M. Delmas-Marty (dir.), *The European Convention for the Protection of Human Rights. International Protection versus National Restrictions*, trad. Cristine Chodkiewicz, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1991, p. 7.

(14) M. Delmas-Marty, *Le Pluralisme ordonné*, op. cit., p. 78.

(15) M. Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 17.

(16) M. Delmas-Marty, A. Cassese (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, 2002, p. 153.

(17) M. Delmas-Marty, *Le Pluralisme ordonné*, op. cit., p. 69.

(18) M. Delmas-Marty, Les processus d'interaction, in M. Delmas-Marty, M. Pieth et U. Sieber (dir.), J. Lelieur (coord.), *Les Chemins de l'harmonisation pénale/Harmonising Criminal Law*, Société de législation comparée, 2008, p. 419 s.

les responsabilités se désindividualisent, les sanctions se diversifient.

Ces perturbations se retrouvent tout au long de l'horizon, qu'elles soient visibles, tourbillonnant en surface, ou souter- raines, présageant de vastes mouve- ments. Mireille Delmas-Marty écrit : « À force de perturbations, le code pénal rigide s'inscrit désormais dans le champ plus vaste et plus ouvert de la politique criminelle »⁽¹⁹⁾, dont l'étude repose sur un fondement naturel : les valeurs qui font office de principes d'organisation sociale régissent également la politique criminelle – liberté, égalité, autorité, solidarité.

Avec l'universalisation des valeurs et la globalisation comme vecteurs, la modification des systèmes de droit pénal est la conséquence « inévitable et irréver- sible » de la mondialisation du droit. L'étude des interactions qui se sont produites dans ce domaine conduit à une « nouvelle hypothèse ». Mireille Delmas-Marty la décrit comme une « mutation épistémologique » : les inter- actions en cours, qui « impliquent l'ou- verture de systèmes traditionnellement renfermés sur eux-mêmes, transfor- meront notre manière de penser le droit pénal ». Nous nous dirigeons vers des « ensembles ou espaces partiellement intégrés, hautement incertains et ins- tables ». Nous passerons d'une concep- tion simple (moderne) à une conception complexe ou ultra-complexe (post-mo- derne). Il nous faut donc repenser le droit pénal⁽²⁰⁾.

À survoler tous les problèmes et réponses qui se posent, on en perdrait le sommeil. Il est des paradigmes en vogue susceptibles de brouiller la fron- tière entre droit de la guerre et droit pénal, et de conduire au naufrage des droits humains. Mireille Delmas-Marty le dit à juste titre dans *Les Chemins de l'harmonisation* : les droits de l'homme se voient à la fois protégés et menacés par le droit pénal. Et elle sait, pour l'avoir vécu, que les processus de réforme du droit pénal font immédiatement surgir un reproche : celui d'une trop grande attention portée aux droits humains et d'un État laissé désarmé. Écoutons son avertissement : « Le droit pénal national a mis des siècles à intégrer les droits fondamentaux, et la crainte de nombreux pénalistes aujourd'hui est que la mondia- lisation impose un droit pénal régressif et oppressif, qui sacrifierait la légitimité dans le seul but d'être efficace »⁽²¹⁾.

Cette crainte découle du recul des droits humains dans certaines procédures, où le droit punitif semble remonter le cours du temps – et où la procédure dans son ensemble finit par être contaminée. Ce qui est d'abord posé comme une exception finit par se propager comme une règle. Je me suis permis de compa- rer ce danger avec la leçon offerte par Roman Polanski dans son film *Rosema- ry's Baby* : la progéniture devient espèce et peuple la terre ; bientôt, elle sera l'unique lignée survivante.

Passons à une autre réflexion du pro- fesseur Delmas-Marty : le rôle éthique

(19) M. Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, op. cit., p. 11.

(20) Les modèles d'harmonisation, in *Les Chemins de l'harmonisation pénale*, op. cit., p. 433-434. Mireille Del- mas-Marty propose deux formulations illustratives. D'une part, elle évoque Legoff pour appuyer l'affirmation selon laquelle le contraste entre les perspectives moderne et postmoderne implique un changement de repré- sentation : il s'agit de passer « d'une représentation dominante chez les juristes, celle de la physique, et plus précisément celle de la machine, mue par l'énergie centrale d'une raison qui étend ses bienfaits sur la société, à la représentation liée à la biologie fondée sur la thermodynamique, dont l'enjeu est de penser l'unité multiple dans une totalité en tension », p. 435. Elle cite également le théorème de Gödel : « Lorsqu'un ensemble dépasse un certain seuil de complexité (en raison de sa structure interactive et de sa dynamique instable), il ne peut être à la fois complet (au sens de prévisible) et cohérent (non contradictoire) », p. 435-436.

(21) « Discurso », in S. García Ramírez et O. Islas de González Mariscal, *Panorama internacional sobre la justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. XXIII.

du droit pénal, à savoir un « droit pénal comme éthique de la mondialisation », fondé – comme elle le souligne – sur des « interdits fondateurs » établis alors qu'un nouvel acteur est entré en scène : l'humanité. Des interdits qui convergent dans le rejet explicite de certains comportements et l'admission implicite de certaines valeurs. Les optimistes – je retranscris ses mots – « pensent que le droit pénal mondial aura pour vocation d'exprimer l'émergence d'une communauté mondiale des valeurs ». Ce serait « notre œuvre, présente et à venir »⁽²²⁾ ; reflet tant des compromis progressifs entre relativisme et universalisme que des progrès d'un pluralisme enfin ordonné.

Mireille Delmas-Marty se souvient de ses observations lors d'un voyage en Chine, où elle a contemplé – « en touriste disciplinée », dit-elle d'elle-même – les nuages gravés dans la pierre de la Cité interdite : « nuages obéissant à la volonté impériale d'un ordre immuable ». Partant de cette figure, elle imagine un droit commun pluraliste. Plus tard, dans la postface de son livre *Pour un droit commun*, elle ajoute : si « les nuages immobiles de la Cité interdite ont le mérite de souligner la pluralité des modèles d'un futur ordre juridique mondial »⁽²³⁾, il convient de mettre ces nuages en mouvement. Il s'agira, pour ce faire, d'articuler droit et politique.

Je conclurai avec les mots de Stefano Manacorda, qui connaît comme

peu d'autres la contribution et l'enseignement du maître admiré. Nous avons affaire à une « pionnière » de la recherche juridique, qui se distingue par sa « capacité à analyser avec réalisme et profondeur une réalité normative en cours de changement ». Elle est consciente des « évolutions qui pointent à l'horizon » et met en œuvre une « imagination constructive ». D'où l'intérêt et le consensus autour de ses idées, ainsi que l'influence profonde dont ces dernières ont joui sur la science pénale⁽²⁴⁾.

Je voudrais appliquer à Mireille Delmas-Marty une expression qu'elle a tirée⁽²⁵⁾, avec bienveillance, de mon opinion figurant dans l'avis consultatif 18 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. J'avais alors affirmé que cette juridiction contribuait à une mission hors du commun, mais pas impossible : déplacer des montagnes. Dans les Amériques, celles-ci sont énormes et pleines de défis ; les Andes et d'autres encore vous le diront. Telle est la tâche entreprise par Mireille Delmas-Marty à partir de son espace propre : dans ses livres comme dans ses cours, dans ses conférences comme dans ses commissions, dans sa croisade obstinée comme dans son enthousiasme infatigable, elle déplace des montagnes. Plus inébranlables que les nuages de la Cité interdite. Elle indique par où et dans quelle direction celles-ci devraient se déplacer, tout en occupant sa propre place dans ce voyage. De là, elle nous ouvre la voie.

(22) *Ibid.*, p. XXII.

(23) M. Delmas-Marty, *Le Pluralisme ordonné*, op. cit., p. 277.

(24) « Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato », in M. Delmas-Marty, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, op. cit., p. 28 et 30.

(25) M. Delmas-Marty, *Le Pluralisme ordonné*, op. cit., p. 191.