

Mireille Delmas-Marty

Sécurité, sociétés de surveillance, sociétés de la peur

Qu'il s'agisse du discours politico- médiatique ou des pratiques de contrôle social, la « sécurité » se substitue désormais à la « sûreté ».

Ce n'est pas seulement affaire de mots. La « sûreté » est d'abord un droit de l'homme reconnu à chaque individu au même titre que la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression (art.2 Déclaration 1789). C'est

notre *habeas corpus* : protégé par la loi, il est garanti par l'autorité judiciaire. En revanche la « sécurité des personnes et des biens », par nature collective, se rattache à l'ordre public qui relève traditionnellement des missions de la police.

Comment éviter que ce glissement sémantique ne devienne une dérive politique qui transforme l'Etat de droit en Etat de police ? Car le monde est dangereux : danger pour les personnes, dangers pour les Etats, dangers pour la planète. En réalité, ce n'est pas la sécurité, mais l'insécurité, réelle ou ressentie, qui nourrit la peur et appelle l'extension de la surveillance. Mais la sécurité n'est jamais parfaitement garantie et l'extension risque d'être illimitée. Où nous conduit-elle ? Tout est possible dans nos sociétés qui rêvent d'un monde prévisible où le hasard serait aboli.

Il est possible que le rêve tourne au cauchemar et que la peur se propage, comme un incendie ou une inondation, des risques globaux (environnementaux, sanitaires, nucléaires ou financiers), aux violences entre humains. La peur peut entraîner une sorte d'hystérie législative qui relève plus de l'activisme que de l'action efficace. Quand elle instaure un esprit de suspicion et conduit à désigner des boucs émissaires, la peur de l'autre, « peur-exclusion », est mauvaise conseillère car elle tend à légitimer une extension illimitée et incontrôlée de la surveillance, au mépris du droit à la sûreté et de l'Etat de droit.

Mais la peur est ambivalente et il est possible aussi que la peur des risques et des catastrophes, dans un monde de plus en plus interdépendant, réussisse à engendrer une solidarité autour de valeurs communes, évitant le repli sur des sociétés de la peur enfermées derrière des murs et autres barrières de sécurité. La « peur-solidarité » peut devenir bonne conseillère si elle fait appel à la raison pour imposer, dans un esprit de responsabilité, les garanties nécessaires pour transformer nos sociétés inquiètes en une véritable communauté confiante en son destin.

1. la peur- exclusion et l'extension de la surveillance

La peur est nécessaire à la survie et les mesures de surveillance n'ont rien de nouveau, comme le rappelait Jean Delumeau dans « La peur en Occident ».

Mais quand la sécurité devient la « première des libertés » et la peur un instrument de gouvernance, l'unique lien social, alors apparaît le risque de dérive vers des sociétés de la peur. Autrement dit vers des sociétés qui déforment la perception du monde en sélectionnant, comme le font certains discours politiques, les formes d'insécurité les plus spectaculaires (le fait divers si bien nommé car il détourne l'attention des autres formes d'insécurité). Et qui transforment le contrôle social car elles appellent encore et toujours plus de mesures de surveillance et d'exclusion supposées garantir une

sécurité parfaite qui n'est qu'un rêve.

Or le rêve d'un monde parfait, comme le mythe du risque zéro, peut tourner au cauchemar quand il conduit à une double extension de la surveillance :

- une extension dans le temps (anticipation), qui tend à privilégier la prévention sur la punition au risque de substituer à la culpabilité une dangerosité autonome aux contours incertains et aux peines des mesures de sûreté de durée indéterminée;

- et une extension dans l'espace (globalisation), qui tend à effacer les frontières entre sécurité extérieure et intérieure, au risque d'ajouter à la sécurité nationale une sécurité globale qui relève de pratiques transfrontières dont le contrôle est quasi impossible.

Une surveillance préventive illimitée : dangerosité et mesures de sûreté

La transformation la plus significative est celle du droit pénal qui a longtemps combiné deux fonctions : punir l'auteur d'une infraction comme responsable d'une faute (fonction rétributive) et protéger la société par l'enfermement mais aussi la réadaptation, la réinsertion du délinquant (fonction de défense sociale).

Leur combinaison a permis une extension des garanties du droit pénal aux mesures de défense sociale, garanties de fond (légalité, interprétation stricte, non rétroactivité) et de procédure (présomption d'innocence, droit à un tribunal impartial et indépendant). C'est pourquoi les rédacteurs du CP français de 1994 avaient refusé de séparer les deux fonctions (la « double voie »), considérant que la mesure est ressentie comme peine par le condamné et que la dangerosité ne pouvait être détachée de la culpabilité.

Or voici qu'au nom de la prévention, puis de la précaution, transposée des risques naturels et industriels aux comportements humains, une série de réformes récentes marquent une rupture avec cette vision legaliste et humaniste du droit pénal au profit d'une conception qui, au nom de la sécurité, légitime une extension de la surveillance à vocation illimitée dans le temps et difficile à contrôler pour le juge. En France, au milieu d'une cascade de lois contre la récidive (cinq entre 2005 et 2012), le principal dispositif, date de 2008 avec la loi sur la rétention de sûreté, qui permet de garder en prison, après exécution de la peine, pour une période renouvelable indéfiniment, d'année en année, des condamnés considérés comme dangereux.

Le seul lien avec le droit pénal est l'existence antérieure d'un crime (inscrit dans une liste fort longue). Mais le lien est ténu car le crime a été jugé et la peine exécutée. En réalité la dangerosité est autonome et ses contours définis (si l'on peut dire tant la formule est vague) comme une « probabilité très élevée de récidive » associée à « un trouble grave de la personnalité » (art.706-53-13, al.1er, CPP). Loin de contribuer à renforcer la responsabilité individuelle, à accroître la capacité de chacun à se prendre en charge, l'approche probabiliste, qui transforme la justice pénale en justice prédictive, risque d'aboutir à déresponsabiliser (donc à déshumaniser) celui dont la récidive a été annoncée par avance.

Séparée de sa fonction punitive, la mesure dite de sûreté risque de se limiter, comme pour un animal ou un produit dangereux, à l'objectif d'élimination, au risque de faire des lieux de détention des déchetteries humaines, ou plutôt inhumaines

On peut se demander comment nous en sommes arrivés là dans des pays pourtant attachés à la démocratie et à l'état de droit.

Une première hypothèse est celle d'une régression. Quand des représentants officiels de l'Etat parlent des criminels comme des ennemis, des forcenés, voire des monstres, comment ne pas penser à un retour à Lombroso, chef de file de l'école positiviste italienne, qui, dans le climat scientiste de la fin du 19^{ème} siècle, avait inventé l'homme dangereux et le criminel né, qualifiant certains criminels de « race à part » ? Tandis que le médecin Lombroso invoquait Darwin pour soutenir qu'il s'agirait d'humains inachevés, le sociologue Ferri parlait de « variété spéciale du genre humain » (Ferri).

Comment ne pas rappeler aussi que notre loi de 2008 a pris pour modèle une loi allemande de 1933, l'une des rares institutions de la période nazie subsistant encore ? On avait cru ce modèle écarté par la DUDH qui reconnaît l'égalité des êtres humains, mais il était seulement désactivé : la dangerosité restait inscrite dans la loi allemande de 1933 sur l'internement de sûreté, que le Conseil de contrôle allié n'avait pas abrogé (les Etats-Unis pratiquant des mesures d'esprit comparable). Presque tombé en désuétude, l'internement de sûreté renaît en Allemagne depuis une quinzaine d'années et fait des émules ailleurs en Europe.

Comme si nous retrouvions à présent le même climat de désenchantement face aux faiblesses de l'Etat de droit libéral que celui des années 30. C'est dans un tel climat que le pénaliste français Henri Donnedieu de Vabres (par la suite juge au Tribunal de Nuremberg) publia en 1938 un ouvrage sur « La politique criminelle des Etats autoritaires ». Visant l'Italie fasciste, l'Allemagne nationale-socialiste et l'URSS, il considère que les systèmes en vigueur sont « nés pour prévenir l'anarchie menaçante » ; n'hésitant pas à souligner que la « supériorité présente des régimes autoritaires sur les régimes libéraux tient à leur sens de l'actualité, à leur vigueur juvénile, au sentiment qu'ils ont de répondre à des besoins nouvellement manifestés ».

Mais le désenchantement actuel ne va pas jusqu'à empêcher la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) de censurer la loi allemande, comme elle l'a fait à l'occasion d'une affaire *Mücke*, particulièrement exemplaire¹. Le requérant avait été condamné en 1986 à 5 ans d'emprisonnement pour tentative de meurtre et vol qualifié. A l'issue des cinq ans, en 1991, il est placé en détention de sûreté. Son recours ayant été rejeté par le Tribunal constitutionnel, il serait sans doute encore en prison en 2012 sans la condamnation prononcée par la CEDH en décembre 2009 et confirmée par la Grand Chambre en mai 2010. Grâce à la cour européenne, il fut libéré en mai 2010, au bout de 24 ans !

Or la condamnation de l'Allemagne se fonde sur une double critique, largement transposable à la France : d'une part la notion de dangerosité ne correspond pas à la liste limitative des exceptions au droit à la liberté et à la sûreté prévues par la convention des droits de l'homme ; d'autre part il manque un contrôle effectif du juge. Certes l'internement doit être autorisé par un juge mais ce juge n'a pas le pouvoir de juger le détenu pour ses infractions (déjà jugées).

En pratique, la loi marginalise en effet, en France comme en Allemagne, le rôle du juge et tend à un transfert de pouvoir aux criminologues (le juriste américain Bernard Harcourt parle d'une « colonisation du champ juridique par les sciences sociales »). En France le diagnostic de dangerosité et le pronostic de récurrence supposent l'avis de « commissions pluridisciplinaires d'évaluation de la dangerosité », à composition fort hétérogène (un psychiatre, un psychologue, un avocat, un représentant des victimes, un président de chambre à la Cour d'appel, le directeur interrégional des services

¹ CEDH, 17 décembre 2009, *M. c. Allemagne*, (n° 19359/04).

pénitentiaires, et le préfet de région). Malgré les avertissements des spécialistes en neurosciences sur l'impossibilité de prédire le comportement humain, un « avis motivé », assorti d'une expertise médicale réalisée par deux experts, n'en est pas moins exigé, et en pratique souvent déterminant, comme condition de l'internement ou du placement en rétention de sûreté et du renouvellement de la mesure.

Derrière la lourdeur et l'opacité de ces procédures, c'est la possibilité même d'une justice impartiale et d'une défense efficace qui risque d'être remise en cause par l'absence quasi-totale de pouvoir de décision du juge sur la rétention. Lorsque la Commission ad hoc aura retenu une probabilité très élevée de récidive, on voit mal comment le juge pourra appliquer la présomption d'innocence. Et comment la défense pourra établir la preuve contraire et démontrer *a posteriori* que le condamné n'était pas dangereux au moment de la décision et que la mesure n'était pas « l'unique moyen » de prévention. D'où cette situation inédite d'une décision de justice qui exclut toute possibilité d'erreur judiciaire, donc toute possibilité de réparation pour la personne injustement détenue, alors même que sa détention peut être perpétuelle. C'est ainsi que le couple « sécurité/dangerosité » risque de ramener nos sociétés de la peur dans l'impasse que Beccaria avait déjà entrevue : « A quoi serions-nous réduits si tout ce qui peut amener à commettre un délit était interdit ? Il faudrait priver l'homme de l'usage de ses sens »².

Mais l'hypothèse d'une régression n'est qu'une partie de l'explication, car l'extension de la surveillance porte la marque d'une globalisation à la fois juridique et technologique, renforcée par un « effet 11 septembre ». Véritable bifurcation dans les pratiques de sécurité, les attentats du 11 septembre 2001 ont sans doute contribué à légitimer les nouvelles formes d'anticipation : légitime défense préventive et préemptive, enfermement préventif, notamment à Guantanamo, des suspects qu'on ne peut ni juger (faute de preuves recevables), ni expulser (faute de garanties dans le pays d'origine), voire exécutions extra-judiciaires, comme celle de Ben Laden. Ils ont aussi contribué à promouvoir une extension de la surveillance dans un espace global quasiment incontrôlable.

Une surveillance globale incontrôlable : vers une sécurité globale ?

La globalisation économique et financière, qui remonte à la fin de la guerre froide et à la mondialisation du commerce, s'accompagne, surtout après 2001, d'une extension de la surveillance dans l'espace, à la fois juridique et technologique.

Juridiquement, la globalisation des risques et des crimes, et notamment du terrorisme, appelle en effet une globalisation de la surveillance. Déjà au plan national, le Livre blanc *Défense et sécurité nationale* (2008) constate « l'abolition des frontières entre sécurité extérieure et sécurité intérieure, tant en matière de terrorisme, de criminalité organisée, de sécurité énergétique, de sécurité des systèmes d'information, que de risques naturels ou sanitaires, implique la définition de stratégies d'ensemble, intégrant les différentes dimensions de la sécurité dans une même approche ».

Au plan international, les opérations dites de « maintien de la paix » peuvent aller du maintien de la paix au sens strict (*peace keeping*) à son imposition (*peace enforcement*), voire à sa construction (*peace building*), ce caractère hybride ne facilitant pas leur encadrement juridique.

² Traité des délits et des peines, trad. Paris 1966, p. 141

Qu'elles soient nationales (le plus souvent américaines), ou multinationales (ONU, OTAN, Union Européenne, Union Africaine) les troupes envoyées à l'étranger sont amenées, non seulement à dissuader des forces armées d'utiliser la violence, mais encore à tenter d'imposer l'ordre vis-à-vis des civils, jouant ainsi tantôt le rôle de soldat, tantôt celui de policier, d'enquêteur, voire de témoin, ce qui appellerait un contrôle particulièrement rigoureux.

Or dans un espace sans frontières, la sécurité, se trouve sans cadre juridique clair, dès lors que la procédure pénale qui limite les actions de police et permet leur contrôle, reste national ; tandis que le droit international de la guerre ne comporte pas de règles de procédure pénale. Certes des règles déontologiques sont mises en place, mais elles sont dispersées et d'application incertaine, d'autant que s'ajoutent les pratiques de délocalisation de la sécurité en matière de terrorisme et de privatisation des fonctions régaliennes de la police et de l'armée, y compris les activités de renseignement, au profit de sociétés privées, qui échappent largement aux contrôles.

A la globalisation juridique s'ajoute l'effet des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC), qu'il s'agisse de la généralisation des fichiers et bases de données personnelles, du déploiement massif de la vidéoprotection, de l'usage extensif de la biométrie, ou des *smartphones* permettent de géolocaliser un individu à quelques mètres près.

La biométrie serait même, selon Didier Bigot, bientôt dépassée par la transformation de l'être humain en information sécable, transférable et disponible. La mise en réseau de données interconnectées permet en effet des profilages à partir d'informations précédemment accumulées sur l'individu, ou ses proches, ou ceux à qui il ressemble, et non au vu de sa personne physique et encore moins de sa parole. Séparées, ces techniques peuvent sembler inoffensives, mais en les agrégeant, devient possible de contrôler des individus à distance.

C'est ainsi que les TIC facilitent les pratiques transfrontières. L'expression « société de surveillance » est d'ailleurs apparue en 2006, à l'occasion de la conférence internationale des commissaires à la protection des données tenue à Londres. L'inquiétude des commissaires tenait au fait que sont désormais possibles le profilage et la traçabilité des humains et des choses ou des humains par les choses, celles qu'ils possèdent et celles avec lesquelles ils sont en contact. Car les choses paradoxalement s'autonomisent et deviennent intelligentes, par exemple dans le secteur automobile (autodiagnostic des pannes, autocontrôle de la circulation).

Les robots eux-mêmes deviennent autonomes. Il suffit désormais de combiner les sciences de l'informatique et de l'ingénieur avec la biologie, mais aussi la sociologie et la psychologie, pour concevoir un robot autonome, défini comme une machine qui sent, pense (dans un sens délibératif, non mécanique) et agit sans aucune forme de contrôle externe. C'est ainsi que l'armée américaine a lancé un programme de fabrication de robots *truly ethical*, qui permettrait d'éviter les pertes humaines et les atrocités commises par les militaires, en somme de faire des guerres « propres ». Pour y parvenir dans un futur proche, il « suffit » de programmer les robots en intégrant le droit de la guerre, l'intégration du droit américain n'excluant pas la référence à d'autres systèmes. Le plus inquiétant est l'ajout du concept de nécessité militaire ou doctrine du double effet (action moralement admissible malgré des effets collatéraux négatifs). Or il est déjà envisagé d'étendre l'usage des robots autonomes au contrôle social civil (sécurité intérieure), et de les affecter à la poursuite et au contrôle des criminels.

Il est d'autant plus difficile d'échapper à la société numérique que les entreprises y contribuent largement car elles tirent une part de leurs profits de l'exploitation des données personnelles de leurs clients. C'est à travers un ciblage publicitaire toujours plus performant grâce aux nouvelles technologies que le client peut se voir proposer services gratuits attractifs. Qu'il s'agisse de *Facebook* (500 millions d'utilisateurs) ou de *Google* (centaines de millions d'utilisateurs) ces pratiques posent question du contrôle « démocratique » de ces gigantesques bases de données dans un espace sans frontière où les entreprises de l'Internet disposent d'une capacité de discussion avec les États, au point d'imposer, par ex sur vie privée, leurs standards ou leurs pratiques. Certes il est proposé d'intégrer à la protection des données personnelles (proposition de l'ancien directeur de la CNIL cité par Jeffrey Rosen) un droit à l'oubli numérique, mais la mise en oeuvre est difficile.

Le droit à l'oubli risque d'être de toute façon insuffisant, dès lors que les individus participent eux-mêmes à cette société de surveillance. Soit de façon passive, en profitant des services gratuits qui leur sont offerts sans se plaindre d'une atteinte à leur vie privée ; soit, de façon plus active, en participant eux-mêmes à la surveillance du réseau. Compte tenu de la masse des informations diffusées, un contrôle centralisé et préventif est impossible et trop coûteux, aussi beaucoup de législations ont créé des mécanismes de signalement ou de notification des contenus litigieux. Tous les membres de la société sont chargés de la surveillance.

Se diffuse ainsi une culture de la surveillance qui renvoie au modèle pré-étatique des « sociétés du regard permanent », mais à l'échelle planétaire : à la fois libertaire et totalitaire, ce modèle ne correspond ni à un État mondial en gestation, ni au choix hégémonique imposé par un État, même s'il semble assez bien toléré par les grandes puissances.

En somme, la surveillance globale ne relève pas, à proprement parler, d'un Etat de police mais d'une police sans Etat. De façon prémonitoire Tocqueville avait imaginé un nouveau despotisme, plus étendu et plus doux, qui dégrade les êtres humains sans les tourmenter, et les infantilise au lieu de les responsabiliser. Sa description avait été actualisée par Hannah Arendt qui pressentait que la place du souverain absolu serait prise par une entité immatérielle et invisible. Et le numérique a achevé le travail, annonçant l'avènement d'un despotisme sans visage et sans nom, le « monstre doux » de Raphael Simone.

Le mouvement serait-il irréversible et la défaite inéluctable ? A moins de considérer la sécurité, comme un bien dont la protection suppose un minimum de confiance, donc un sentiment de solidarité autour de valeurs communes.

2. La peur- solidarité et les garanties nécessaires à la confiance

Nous appelons « peur –solidarité » la peur des risques (environnementaux, sanitaires, nucléaires etc) encourus par tous, car elle peut contribuer à la prise de conscience d'un destin commun. Dans le « Bicentenaire de la Paix perpétuelle », Jürgen Habermas invitait déjà à « 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 ». L'exemple européen montre en effet qu'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.

Certes, comme le montrent encore les débats actuels à propos de la crise économique et financière, l'édifice est fragile et sans doute réversible. Malgré son prix Nobel de la paix, l'Europe n'est pas exemplaire, loin s'en faut. Mais elle contribue à explorer des voies pour restaurer suffisamment de confiance pour faire face aux risques sans sacrifier la dynamique des libertés.

Qu'il s'agisse de l'Europe, des Etats-Unis ou de toute autre partie du monde, la confiance suppose plus de transparence et plus de responsabilité. Pour mieux comprendre où sont les limites de la justice préventive, la confiance appelle à expliciter les indicateurs de risque et pour mieux contrôler la surveillance globale, elle appelle à adapter les règles de responsabilité.

Limiter l'anticipation en explicitant les indicateurs de risque

Limiter l'anticipation n'est pas l'interdire. Ainsi dans l'affaire Mûcke, même si elle a censuré l'Allemagne, la Cour ne renonce pas pour autant à une vision réaliste de la prévention : pour prévenir la récidive, il faut « un niveau élevé de soins, avec une équipe pluridisciplinaire, un travail intensif à caractère individuel avec les détenus (grâce à des plans individualisés préparés rapidement), dans un cadre cohérent destiné à assurer une progression en vue de la libération, qui doit constituer une possibilité réelle » Certes ce travail constitue le plus grand défi auquel doit faire face le personnel pénitencier ». Toutefois, vu la durée illimitée de la détention de sûreté, des « efforts particuliers » doivent être fournis pour prendre en charge ces détenus qui, en règle générale, ne sont pas en mesure de réaliser par eux-mêmes les progrès nécessaires à leur libération

La voie sera-t-elle suivie ? On observe quelques signes positifs, principalement en Italie où les mesures pré-délictuelles (ciblées sur la mafia ou le terrorisme) sont exclusivement patrimoniales, et plus récemment en Allemagne où la Cour constitutionnelle a jugé inconstitutionnelle le 4 mai 2011 l'intégralité des dispositions du code pénal et de la loi sur la justice des mineurs relatives à la décision et la durée de l'internement de sûreté, précisant qu'en attendant la nouvelle loi (prévue au plus tard le 31 mai 2013) un régime transitoire devait être mis en place.

Si les mesures préventives sont ainsi balisées par la CEDH, comme elles le sont en France, notamment par le rapport annuel du contrôleur des lieux de privation de liberté, il reste le plus difficile : expliciter les indicateurs du risque. C'est en principe le travail des criminologues et des efforts sont faits en ce sens avec le nouveau diagnostic à visée criminologique (DAVC). Le croisement des méthodes statistiques dites actuarielles, inspirées des méthodes des assurances, et d'études plus individualisées (de type médico psychologique) peut sans doute être utile.

A condition de ne pas oublier qu'en situation d'incertitude, la sécurité ne peut être absolue. Si l'on admet que l'absence de risque est un mythe, l'anticipation appelle un double contrôle du juge : un contrôle portant non seulement sur les indicateurs de gravité objective du risque (indicateurs de vraisemblance), mais encore sur les indicateurs de gravité subjective, qui commandent l'acceptabilité du risque par la société (indicateurs de tolérance).

C'est dire la complexité de cette justice préventive qui devrait articuler les deux types d'indicateurs afin de déterminer un seuil qui tienne compte à la fois de la marge de vraisemblance du risque et de la marge sociale d'acceptabilité.

Or, si la recherche des indicateurs criminologiques de vraisemblance, à vocation universelle, est déjà balisée, celle des indicateurs sociaux d'acceptabilité, ou de tolérance, reste à éclairer. Relevant de choix situés en priorité au niveau national (voire supranational régional quand le contentieux est porté devant une juridiction internationale comme la CEDH), la recherche des indicateurs d'acceptabilité est indispensable, non seulement pour éviter l'illusion du risque zéro, mais aussi pour permettre au juge de contrôler les effets de la globalisation.

Contrôler la globalisation en responsabilisant les acteurs de la sécurité

La question posée à propos des robots est une illustration de la confusion actuelle en termes de responsabilité : à qui attribuer la responsabilité en cas de violation du droit par un robot autonome ? La question est qualifiée par le rapport américain précité sur les robots « *unclear* » (c'est le moins que l'on puisse dire). En effet la responsabilité est à répartir entre fabricant, distributeur, contrôleur, commandement militaire, le responsable politique... et le robot lui-même s'il fait des erreurs (en 2007, un robot semi-autonome avait tué les soldats de son camp).

La confusion affectant la répartition des responsabilités est aggravée par la sous-traitance de l'usage de la force à des acteurs privés. Il est vrai qu'un contrôle est en principe exercé au nom de l'Etat. Toutefois ce transfert de compétence à des sociétés privées peut entraîner des dérives, du port illégal d'armes jusqu'à des pratiques d'arrestation et/ou de séquestration illégales, que l'Etat n'a pas toujours les moyens de repérer et sanctionner.

Et depuis les attentats du 11 septembre 2001 la gestion à la fois civile et militaire mise en place à propos du terrorisme global a encore aggravé la situation. Au lieu de renforcer leur contrôle, les Etats se déchargent par la sous-traitance à des acteurs privés qui pratiquent maintient de l'ordre et maintien de la paix, sous le nom de « sociétés militaires privées » (SMP) ou de « prestataires privés de services à caractère militaire et de sécurité » (PPSM).

Ces dénominations très générales visent, bien au-delà des mercenaires (individus prenant une part directe aux hostilités), de véritables entreprises à but lucratif, si lucratif que leur budget leur permet de financer à l'occasion des partis politiques. Elles assurent des prestations progressivement élargies, des services logistiques de conseil à des activités incluant parfois la surveillance électronique, les interrogatoires, les restitutions par transfert sur les sites noirs, et même le renseignement.

Et pourtant, seul le mercenariat est l'objet d'un véritable encadrement juridique international, d'ailleurs limité car le Protocole additionnel n°1 aux conventions de Genève (1977), se contente d'exclure pour le mercenaire les protections offertes par le statut de combattant ou de prisonnier de guerre.

Certes le mercenariat a été mis en cause par plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, dont la résolution 44/34 du 4 décembre 1989 qui adopte une Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires. Mais cette convention, entrée en vigueur en octobre 2001, n'a jusqu'à présent été ratifiée que par quelques Etats, parmi lesquels ne figure aucune des grandes puissances.

En revanche, la concurrence des sociétés militaires privées s'étend, comme on l'a vu, à des activités régaliennes, qui sont en outre couvertes par le secret-défense.

Il y a là une grave atteinte à la souveraineté nationale, d'autant qu'aux Etats-Unis chaque employé privé coûterait au contribuable le double du coût d'un fonctionnaire des armées. Et pourtant cette privatisation serait devenue une nécessité car il est impossible, même pour une super puissance, de garantir la sécurité globale avec les seuls acteurs publics. D'où cet appel lancé il y a quelques années par un haut responsable du département de la défense, dans une conférence sur l'avenir des activités de renseignement : « *We can't spy... if we can't buy !* »³.

Il se confirme ainsi qu'en pratique, les sociétés militaires privées sont devenues une réalité inéluctable sur le terrain aux côtés des forces armées officielles. Les conséquences risquent d'être redoutables. Un rapport du Congrès révéla en 2009 le scandale des activités meurtrières de la société *Blackwater* en Irak, ou les pratiques de torture explicitement imputées à d'autres sociétés privées.

Même étendu aux sociétés militaires privées, le dispositif de contrôle est d'application incertaine en raison de l'absence dans les contrats de mécanismes de surveillance, ou d'autres mesures telles que l'obligation de rendre compte ; en raison aussi de la difficulté à identifier l'entreprise ou ses employés sur le terrain.

De toute façon, une responsabilité purement nationale ne suffira pas. Il devient urgent d'étendre la responsabilité pénale internationale aux sociétés militaires et de créer de nouveaux instruments juridiques, sinon pour interdire, du moins pour encadrer les activités des prestataires privés de services à caractère militaire et de sécurité (PPSMS), et notamment préciser quelles sont les activités, comme l'accès aux armes de destruction massive, que les Etats ne devraient en aucun cas pouvoir sous-traiter⁴.

Il resterait surtout à responsabiliser les Etats eux-mêmes pour éviter qu'ils se contentent de passer la balle (*passing the buck*) pour être déchargés de toute responsabilité. Dans cette perspective, le rapport Nikitin auprès de l'Assemblée générale de l'ONU souscrit au principe posé dans le « document Montreux » (initiative Suisse, en collaboration avec le Comité international de la Croix-Rouge, septembre 2008), selon lequel les Etats devraient rester liés par leurs obligations résultant du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, même s'ils ont sous-traité par contrat certaines activités à des prestataires privés⁵.

Le principe semble clair mais comment le mettre en œuvre ? Le rapport envisage soit un Protocole additionnel au statut de la Cour pénale internationale ; soit un nouveau mécanisme de règlement des litiges. Mais rien n'a bougé en ce sens.

En conclusion, il ne s'agit pas de renoncer à l'objectif de sécurité préventive et globale, mais de l'éclairer à la fois par un double jeu d'indicateurs de risque et par la reconnaissance d'un état de droit qui implique une répartition des responsabilités à l'échelle mondiale.

Un état de droit sans Etat mondial requiert une métamorphose de la notion de souveraineté nationale. Plutôt que d'accepter un partage de souveraineté, c'est-à-dire une division, une diminution, au profit d'acteurs comme les PPSM qui défendent

³ S. Chesterman, « We Can't Spy If We Can't Buy : The Privatization of Intelligence and the Limits of Outsourcing 'Inherently Governmental Functions' », p. 1055-1074.

⁴ A. Nikitin, Président-Rapporteur du Groupe de travail sur l'utilisation de prestataires privés de services à caractère militaire et de sécurité comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination, 21 janvier 2009, Assemblée générale, ONU, doc. A/HRC/10/14.

⁵ *Montreux Document on Pertinent International Obligations and Good Practices for States Related to Obligations of Private Military and Security Companies During Armed Conflicts*, 17 septembre 2008.

des intérêts économiques privés, il s'agit tout au contraire d'étendre la souveraineté nationale à la défense du bien commun.

Une telle métamorphose de la souveraineté solitaire vers une souveraineté « solidaire » est sans doute la condition pour éviter à la fois le repli sur des sociétés de la peur et l'extension vers une société mondiale de la surveillance. En somme le moyen de restaurer la confiance dans notre communauté de destin.