

Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion

Jean-François Dreuille

► To cite this version:

Jean-François Dreuille. Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion. Jurisprudence. revue critique, Université de Savoie, 2012, pp. 149-164. <USMB>. <hal-01479079>

HAL Id: hal-01479079

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01479079>

Submitted on 8 Mar 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Jurisprudence

Revue critique

2012

Christian ATIAS Renaud BEAUCHARD Jean-François DREUILLE
Magalie FLORES-LONJOU Vincent FORRAY Claude GAMEL
Simone GOYARD-FABRE Ricardo A. GUIBOURG Lionel MINIATO
Geneviève PIGNARRE Sébastien PIMONT Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ
Sacha RAOULT Frédéric ROUVIÈRE Julie SAADA Alain SÉRIAUX

SOMMAIRE

SÉMINAIRE

THÉORIES DU DROIT, THÉORIES DE LA JUSTICE – RUPTURE OU DIALOGUE?	7
--	---

ACTES DU SÉMINAIRE

AIX-EN-PROVENCE, 16 SEPTEMBRE 2011	9
--	---

Présentation

Sébastien PIMONT	11
------------------------	----

Le déclin de l'argument de justice

Christian ATIAS	15
-----------------------	----

Re-penser le rationalisme dans son rapport à la justice

Simone GOYARD-FABRE	29
---------------------------	----

Appréhender le phénomène juridique à l'aune de la justice : l'autre versant du dialogue philosophique

Alain SÉRIAUX	41
---------------------	----

Les théories de la justice vues par un économiste. De « l'économie du bien-être » au « post-welfarisme » contemporain

Claude GAMEL	47
--------------------	----

Pour une théorie impure du droit? La déconstruction, entre interprétation et politique

Julie SAADA	63
-------------------	----

CONTRIBUTIONS

THÉORIES DU DROIT, THÉORIES DE LA JUSTICE – RUPTURE OU DIALOGUE?	79
--	----

La balance de la justice et le système des poids et mesures

Ricardo A. GUIBOURG	81
---------------------------	----

Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice

Frédéric ROUVIÈRE	89
-------------------------	----

<i>À propos de la Justice sociale : de Nancy Fraser à Axel Honneth</i> Geneviève PIGNARRE	101
CHRONIQUE DES IDÉES	113
<i>De la permanence de l'État à sa déréliction : L'exercice de l'État de Pierre Schoeller (France, 2011)</i> Magalie FLORES-LONJOU et Lionel MINIATO	115
<i>Les Kāmasūtra comme une porte d'entrée dans le droit hindou ancien ?</i> Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ	127
<i>Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion</i> Jean-François DREUILLE.....	149
VARIA	167
<i>Droit et développement, essai d'analyse critique</i> Renaud BEAUCHARD.....	169
<i>La possibilité d'une contre-théorie du contrat</i> Vincent FORRAY.....	191
<i>L'histoire du droit est-elle soluble dans l'archéologie du savoir ?</i> <i>Une rétrospective sur les émotions et les indifférences suscitées par Michel Foucault</i> Sacha RAOULT	217

LE DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI : ÉLÉMENTS POUR UNE DISCUSSION

JEAN-FRANÇOIS DREUILLE*

Le droit pénal de l'ennemi apparaît comme un nouveau modèle possible du droit pénal, impliquant et justifiant concrètement la multiplication d'interventions *ante delictum*, conduisant à un affaiblissement des droits fondamentaux. L'intérêt scientifique est important : la lutte contre le terrorisme, contre certaines formes particulières de délinquance (criminalité organisée, notamment), ou encore la volonté de mettre hors d'état de nuire certains délinquants (récidiviste, délinquant sexuel...) justifierait des régimes juridiques d'exception. Le modèle pénal classique est-il menacé dans son ensemble ou, souhaite-t-on, en marge, appliquer une politique de l'ennemi ? En d'autres termes peut-on véritablement parler de droit pénal de l'ennemi ? Cette contribution a pour objet de fournir des éléments de réflexion permettant d'ébaucher des réponses à ces problématiques.

“Criminal law of the enemy” appears as a possible new model. It entails and justifies the increase in public ante delictum interventions, thus leading to the weakening of numerous fundamental rights. It has a significant scientific appeal: the fight against terrorism and certain types of crimes (notably organised crime) as well as the desire to incapacitate certain criminals (repeat offenders, sex offenders etc.) would justify the creation of exceptional legal regimes. Is the entire traditional criminal system threatened or are public authorities trying to implement an enemy policy? In other words, can a criminal system truly be based on “criminal law of the enemy”? This paper seeks to cast light on these issues and to answer some of these questions.

* Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles, Université de Savoie (Laboratoire CDPPOC), Membre de l'IRASC (Institut Rhône-Alpin de Sciences-Criminelles).

Le droit pénal de l'ennemi; l'expression n'est pas familière et le vocabulaire semble inapproprié pour le juriste français: le droit pénal ne présente, en effet, classiquement, ni une dimension, ni une logique guerrière. Pourtant, cette construction théorique qui n'est pas nouvelle, fait à nouveau l'objet de vives discussions doctrinales, avec une résonnance particulière depuis les attentats perpétrés sur le territoire des États-Unis, le 11 septembre 2001. Plus généralement, le droit pénal de l'ennemi apparaît comme un nouveau modèle possible du droit pénal, impliquant et justifiant concrètement la multiplication d'interventions *ante delictum* en réponse à la crise des États qui seraient dans l'incapacité d'assurer le contrôle du crime et de la sécurité¹. La neutralisation de l'ennemi dangereux est au cœur de la théorie qui implique que la société s'octroie le droit de désigner l'ennemi afin de lui réserver un traitement différencié tant au regard des règles de fond que de forme du droit pénal, marquant ainsi un affaiblissement incontestable des droits fondamentaux. L'objet de cette contribution est de fournir à tout intéressé, juriste ou non, initié ou profane, les fondements de la théorie, ses éventuelles applications et enfin de la situer dans le contexte de la politique criminelle française. En d'autres termes, il s'agit de poser, par le questionnement et la synthèse, des pistes de réflexion, tout au plus de préciser quelques éléments pour une discussion qui transcende très largement les champs disciplinaires habituels.

En 2009, la Revue de sciences criminelles a consacré un dossier au Droit pénal de l'ennemi – Droit pénal de l'inhumain, particulièrement éclairant mais dont la lecture doit être complétée par les articles composant un second dossier, publié en 2010 par la même revue, intitulé «Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle». Des travaux français antérieurs ont également fait référence sommairement à la problématique du droit pénal de l'ennemi en dressant un constat

de «*déconstruction*» du droit pénal «*classique-moderne*»². L'enseignement que l'on peut tirer d'emblée de ces travaux est que les questionnements suscités par cette théorie sont relativement récents en France. L'explication est double.

Depuis le milieu des années 1980, la théorie du droit pénal de l'ennemi est attachée aux travaux d'un professeur allemand, Günther Jakobs. Au fil d'écrits et de conférences, la pensée de cet auteur s'est affinée, mais la polémique suscitée par son analyse du droit pénal de l'ennemi est véritablement marquée depuis 1999³. Les attentats commis sur le sol américain ont modifié les rapports de force: des idées, unanimement réprouvées dans des périodes, si ce n'est pleinement pacifiées, pour le moins apaisées, trouvent, parfois, une réception différente dans des situations de crise et de vives tensions. La théorie du droit pénal de l'ennemi a d'abord alimenté les discussions doctrinales en Allemagne, en Espagne, mais également en Italie et dans des pays d'Amérique du Sud, sous l'influence de la dogmatique germanique⁴. Aux États-Unis, la problématique est quelque peu différente, dès lors que la logique qui préside à la politique menée contre le terrorisme depuis 2001

2 Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines, recherche réalisée par l'Équipe Poitevine de Recherche et d'Encadrement Doctoral en Sciences Criminelles, novembre 2007, spéc. p. 19 et 20.

3 L'historique, ainsi que l'évolution de la pensée de Günther Jakobs, sont décrits dans un mémoire particulièrement précieux, notamment quant aux indications bibliographiques qu'il contient, v. P. VARJAO CRUZ, «Le droit pénal de l'ennemi», *Du phénomène au paradigme*, Éditions universitaires européennes, 2011. Dans les développements ultérieurs, il sera essentiellement fait état de l'article publié, en 2009, dans la revue de sciences criminelles, v. G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi*, RSC 2009, p. 7.

4 En ce sens, v. R. ROTH, *Nouveau droit des sanctions en Suisse: entre l'ami et l'ennemi*, RSC 2006, p. 117. Il est à noter que la polémique en France suscitée par la pensée Schmittienne a pris un retard similaire, v. J.-CL. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, Paris, La Découverte, coll. «Armillaire», 2006, p. 19. Pour un compte rendu de cet ouvrage, v. B. BERNARDI, Revue Philosophique de la France et de l'Étranger, 2009-1, p. 136-138.

1 Sur ce constat, v. not., CANDIDO DA AGRA, *La probation et ses contextes socio-historiques*, Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique, vol. LXIV oct/déc. 2011, p. 403.

n'obéit pas aux mêmes ressorts, confirmant que la réponse des États au terrorisme est diversifiée⁵. Certes, il existe des connexions entre la théorie du droit pénal de l'ennemi et la doctrine du combattant ennemi illégal⁶, mais il n'est pas certain qu'elles se recouvrent pleinement⁷. Tout d'abord, le qualificatif d'ennemi ne s'applique pas au seul terroriste. Ensuite, la doctrine du combattant ennemi illégal s'inscrit dans une perspective de lutte globale contre le terrorisme et ne concerne pas le seul champ pénal⁸. Enfin, le terroriste perçu *ab initio* comme un ennemi et non comme un criminel – ennemi – ne se voit pas appliquer uniquement un régime juridique dérogatoire, il peut aussi être placé hors du droit, aussi bien pénal, militaire, qu'international. Dès lors, l'individu est soumis à un dispositif institutionnel

susceptible de le priver de toute garantie juridictionnelle⁹. Il semble que, sur ce point, la théorie du droit pénal de l'ennemi diverge de la doctrine du combattant ennemi illégal : la notion d'ennemi remplace celle de délinquant, mais l'ennemi demeure dans la sphère juridique et dans le champ pénal en particulier, même s'il s'agit d'un « *droit exceptionnel* »¹⁰. D'ailleurs c'est peut-être là, son plus grand danger : il paraît plus aisé de justifier un régime juridique dérogatoire qu'une suspension pure et simple des droits. Pour le moins, cette théorie donne l'illusion que l'État de droit n'est pas pleinement suspendu¹¹.

Il n'est pas surprenant que les discussions les plus vives relatives au droit pénal de l'ennemi ont d'abord eu lieu, en Europe et plus précisément en Allemagne, en Espagne et en Italie, pays qui depuis plus de quarante ans ont dû faire face à des organisations terroristes. La doctrine y est peut-être plus sensible, plus vigilante, face aux risques

5 V. not., pour une étude récente, J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes*, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2010, v. spéc. les propos introductifs, n° 5 à 9.

6 La réaction américaine, à la suite des attentats du 11 septembre 2001, consacrerait le relativisme des réponses pénales aux massacres, cédant à la tentation du droit pénal de l'ennemi – droit national –, par opposition à l'universalisme humaniste du modèle du droit pénal de l'inhumain, tiré du droit pénal international, v. M. DELMAS-MARTY, *Violence et massacre : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain*, RSC 2009, p. 59.

7 V. W. KAHN, *Criminels, ennemis et imaginaires de la violence*, Arch. phil. Droit 53 (2010), p. 58-85, pour cet auteur, à Guantanamo, ces deux catégories (ennemi-criminel) se mélangent pour en former une troisième, méconnaissable, le combattant illégal, dont il faudrait parler comme d'un disparu : « *on détient leur corps mais en refusant de les faire entrer dans un monde humain de représentation* ». V. égal. pour une approche polémique, G. AGAMBEN, *État d'exception, Homo sacer*, Paris, Édition du Seuil, 2003. Paris, Édition du Seuil, 2003. Pour des recensions de cet ouvrage, v. B. DUBREUIL, *Politique et Sociétés*, vol. 23, n° 1, 2004, p. 199-203 en ligne : <http://id.erudit.org/iderudit/009513ar> ; S. ASKOFARE « *À propos d'État d'exception, Homo sacer de Giorgio Agamben* », L'en-je lacanien 1/2004 (n° 2), p. 193-205. URL : www.cairn.info/revue-l-en-je-lacanien-2004-1-page-193.htm.

8 V. J. CANTEGREIL, *La doctrine du « combattant ennemi illégal »*, RSC 2010, p. 81 ; du même auteur, v. égal. *Dicey revisité. De la responsabilité des juriconsultes dans la suspension du droit pénal. Remarques sur la décision sur la compétence dans l'affaire Padilla v. Yoo*, Arch. phil. Droit 53 (2010), p. 240-271.

9 En ce sens, v. J. CANTEGREIL préc. ; M. DONINI, *Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ?* RSC 2009, p. 31 ; V. égal., John A.E. VERVAELE, *Mesures de procédure spéciale et respect des droits de l'homme*, rapport général concernant la troisième section du XVIII^e Congrès international de droit pénal qui s'est déroulée à Istanbul du 20 au 27 septembre 2009 sous les auspices de l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2009, p. 19-74, ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 5, Issue 2 (October) 2009 ; C. GOMEZ MARTINEZ, *Être juge au Maroc et en Espagne. Les menaces idéologiques et pratiques pour le statut de juge : peut-on demander une productivité au juge ?* Cet article peut être consulté à l'adresse suivante : www.cidob.org/en/content/download/8231/.../11_gomez_fra.pdf

10 G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, préc., spéc. le paragraphe consacré au « droit et l'exception » ; v. néanm., ASUA BATARRITA ADELA et Alvarez VIZCAYA MAITE, « *La répression du terrorisme en Espagne* », *Archives de politique criminelle*, 2006/1 n° 28, p. 215-236, spéc. p. 22. Cet article est disponible en ligne : <http://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2006-1-page-215.htm>

11 V. en ce sens, M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, coll. « La couleur des idées », Éditions du Seuil, 2010, spéc. p. 127. Pour une présentation de cet ouvrage, v. C. LAZERGES, RSC 2010, p. 503. Concernant la thèse d'un état d'exception permanent, v. G. AGAMBEN, *État d'exception, Homo sacer*, préc.

de dérives sécuritaires qui accompagnent systématiquement les législations anti-terroristes¹². De plus, le droit pénal de l'ennemi constitue un prolongement naturel du droit pénal de l'auteur, lequel permet de juger l'individu pour ce qu'il est et non pour ce qu'il a fait. Le droit pénal de l'auteur, qui heurte la conception libérale du droit pénal de l'acte n'est pas nouveau. Ses mises en œuvres sont difficilement contestables, alors même que l'on a pris la mesure de ses applications extrêmes dans les régimes totalitaires qui ont marqué l'histoire, précisément de l'Allemagne et, à un degré moindre, de l'Italie ou encore de l'Espagne. Des remarques similaires peuvent être formulées s'agissant de certains pays d'Amérique du Sud ou encore de l'ex-Union Soviétique¹³. En France, les applications du droit pénal de l'ennemi ne sont pas aussi nettes, du moins si l'on tente de différencier cette théorie de celles qui prônent l'exception permanente. La notion de « *sale guerre* », décrivant notamment les guerres d'Indochine et d'Algérie, prend un relief particulier si l'on mesure – redécouvre – l'action de certains généraux français à l'aune de ces dernières théories¹⁴. Ce savoir-faire militaire français, éprouvé au cours des guerres d'indépendance et prenant la forme d'une théorie globale de la guerre antisubversive, aurait été exporté, notamment en Amérique du Sud¹⁵. Il est toutefois difficile de trouver trace dans la

littérature juridique française d'une telle lecture, excepté chez les historiens¹⁶. Ainsi, certains travaux permettent, notamment, de prendre la mesure de l'émergence de l'état d'exception, à la suite de l'habillage juridique de l'état de siège en état d'urgence en 1955, dans le but de lutter contre l'ennemi, incarné par les activistes du FLN¹⁷. Il ne s'agit pas, pour autant, d'une illustration incontestable de la consécration d'un droit pénal de l'ennemi.

La seconde raison, qui peut encore expliquer l'attrait récent suscité, en France, par cette théorie, est le fait, si l'on omet les dispositions dérogatoires déjà anciennes mais régulièrement modifiées de la lutte contre le terrorisme, que le droit français ne contenait pas de textes mettant en œuvre sans ambiguïté la théorie du droit pénal de l'ennemi¹⁸. La multiplication des lois sécuritaires depuis une dizaine d'années, l'orientation générale de la politique criminelle, l'instauration d'une lutte contre la délinquance organisée, constituaient certainement des signes annonciateurs d'un bouleversement du paradigme pénal¹⁹. Pourtant, c'est incontestablement la loi du 25 février 2008 relative à

12 V. par ex., concernant l'Espagne, ASUA BATARRITA ADELA et Alvarez VIZCAYA MAITE, « *La répression du terrorisme en Espagne* » préc. ; J. MARIA ORTUNO, *Douleurs, frustrations et espoirs de l'antiterrorisme espagnol*, in D. BIGO, L. BONELLI et T. DELTOMBE, *Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme*, Paris, La Découverte « Cahiers libres », 2008, p. 215 à 226 ; V. égal. dans cet ouvrage, pour l'Allemagne, S. STUDZNSKY, *Jusqu'où ira l'antiterrorisme en Allemagne ?*, p. 246 à 259 et pour l'Italie, A. GIANNULI, *Les services de renseignement italiens et la « guerre au terrorisme »*, p. 234 à 245. Lien : <http://www.cairn.info/au-nom-du--9782707153296.htm>.

13 V. E. R. ZAFFARONI, *Dans un État de droit il n'y a que des délinquants*, RSC 2009, p. 43.

14 V. l'analyse d'un professeur argentin, v. E. R. ZAFFARONI, préc.

15 v. M.-M. ROBIN, *Escadrons de la mort, l'école française*, La Découverte, Poche, 2008 (Première publication en septembre 2004). v. <http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article440> ; v. égal. A. MATTELART, *La globalisation de la surveillance. Aux origines de l'ordre sécuritaire*, La Découverte, 2007.

16 V. pour un ouvrage récent, S. THENAULT, *Violence ordinaire dans l'Algérie coloniale. Camps, internements, assignations à résidence*, Paris, Odile Jacob, 2012.

17 S. THENAULT, *L'état d'urgence 1955-2005, De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi*, Les Editions de l'Atelier/Le mouvement social, 2007/1-n° 218, p. 63. Cet article peut être consulté en ligne : http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=LMS&ID_NUMPUBLIE=LMS_218&ID_ARTICLE=LMS_218_0063.

18 À moins de considérer que toute mesure de sûreté relève du droit pénal de l'ennemi. De plus, il peut historiquement être fait référence aux textes prévoyant la déportation, la transportation ou encore la relégation, v. L. du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes, qui substitue l'interdiction de séjour dans des localités déterminées à la surveillance de haute police, v. not., J.-L. SANCHEZ, « *La relégation (loi du 27 mai 1885)* », *Criminocorpus, revue hypermédia [En ligne]*, *Les bagnes coloniaux*, URL : <http://criminocorpus.revues.org/181>. Le régime de Vichy a également mis en œuvre des formes d'exclusions civiques et civiles contre un « ennemi » défini par des critères essentialistes (race, sexe), par exemple le juif ou encore la femme de nationalité étrangère, v. en ce sens, A. SIMONIN, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité 1791-1958*, Grasset, Paris, 2008, spéc. p. 182 à 189.

19 M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruylant – LGDJ, 2007.

la rétention de sûreté qui a permis, tardivement, de prendre conscience des implications de cette théorie: Günther Jakobs choisit, d'ailleurs, la mesure d'internement de sûreté allemande (Sicherungsverwahrung) comme exemple le plus significatif de sa théorie. De fait, c'est à compter de 2008 que la théorie du droit pénal de l'ennemi a connu une certaine ampleur en France, au travers de colloques, conférences, ou écrits qui ne sont pas l'apanage des seuls universitaires, juristes ou non²⁰. En effet, une simple entrée « droit pénal de l'ennemi » sur un moteur de recherche internet non spécialisé révèle l'intérêt suscité par la théorie chez les praticiens²¹ ou encore dans le milieu associatif, à l'écoute du discours juridico-politique²².

Incontestablement, le droit pénal de l'ennemi trouve aujourd'hui un écho en France et le moins que l'on puisse dire est que cette théorie suscite une réaction majoritairement hostile aux idées qu'elle véhicule. Il convient d'en découvrir la raison. À cette fin, une présentation des fondements de la théorie et de ses applications concevables s'impose.

20 V., par exemple, M. TERESTCHENKO, *Non à la banalisation des législations d'exceptions*, publiée dans la rubrique « point de vue », par Le Monde du 6 janvier 2009; v. égal., J.-CL. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, La Découverte, 2007; v. encore le point de vue d'un sociologue, J.-CL. PAYE, *Procès en France et en Belgique, Ennemis de l'Empire*, cet article (à propos notamment du procès des filières « irakiennes ») peut être consulté à cette adresse: <http://www.voltairenet.org/Ennemis-de-l-Empire>.

21 V. par ex, P. CURRAT, *Surveiller, punir et enfermer, Quelques réflexions sur les évolutions du droit pénal au regard des politiques sécuritaires*, rédigées à la demande de la Commission pénale de la Conférence des Bâtonniers de France: <http://www.philippecurrat.ch/index2.php?post/2011/02/08/SURVEILLER-PUNIR-ET-ENFERMER> l'auteur est avocat au barreau de Genève et spécialiste de droit international; v. encore le colloque organisé par la Commission pénale du Syndicat des Avocats de France, *Le Droit Pénal de l'Ennemi*, les 8 et 9 mai 2010, à Marseille.

22 V. par exemple, concernant une action du GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigrés), www.gisti.org/IMG/pdf/colloque_2011-03-22_penalisation.pdf ou encore une réaction de l'association Genepi, suite au discours du Président de la République à Grenoble le 30 juillet 2010, v. <http://genepi-nancy.over-blog.org/article-vers-un-droit-penal-de-l-ennemi-56481559.html>

Les fondements de la théorie

L'article de Günther Jakobs publié dans la revue de science criminelle débute par une explication préliminaire de sa démarche scientifique. Cette posture, somme toute classique pour un chercheur, a suscité, à elle seule, une polémique qui mérite un éclaircissement avant même de s'intéresser au fond. En substance:

« je traite mon sujet comme un scientifique du droit. Je ne le traite pas comme un praticien du système juridique: comme un juge, un avocat ou un exégète du droit positif; Je ne parle pas non plus en tant que politicien. J'observe simplement le système juridique de l'extérieur et j'essaie de comprendre pourquoi ce système est ainsi, comme il est. Mon objectif n'est absolument pas d'inventer ou de construire un droit pénal de l'ennemi; je pense plutôt qu'on peut trouver un droit pénal de l'ennemi dans le droit allemand actuel; qu'il y a aussi des raisons claires et qu'on ne peut pas simplement laisser ces raisons de côté. »

En d'autres termes, l'auteur ne proposerait pas le droit pénal de l'ennemi en tant que modèle ou orientation d'une politique criminelle, mais se contenterait de démontrer l'existence, la réalité du phénomène juridique. Cette précision appelle une question liminaire, l'auteur parvient-il à respecter une telle méthode?

La première lecture de l'article permet de tirer un constat: Günther Jakobs ne conteste pas, ne combat pas, le droit pénal de l'ennemi qu'il découvre dans le droit pénal allemand. Cela, à l'évidence, ne devrait pas permettre de conclure qu'il l'approuve. Jusque-là, la neutralité scientifique qu'il revendique paraît sauve. Toutefois, une seconde lecture laisse à penser qu'il ne se contente pas de décrire le phénomène, prêtant, dès lors, le flanc à la critique. Ainsi, un auteur affirme que Jakobs ne tient pas sa posture de neutralité lorsque, loin de se contenter de décrire une réalité, il se prononce pour la nécessité d'un droit pénal de l'ennemi²³. Jakobs s'en défend régulièrement au cours de son article, toutefois certains développements sèment le trouble

23 G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, RSC 2010, p.69.

et peuvent susciter des interprétations divergentes²⁴. Par ailleurs, la structure même de l'article invite à la conclusion selon laquelle le droit pénal de l'ennemi repose, non seulement sur des arguments scientifiques, mais encore que le contexte actuel ne laisserait pas d'autre choix que de l'imposer. Le droit pénal de l'ennemi cesserait, dès lors, de constituer une branche d'une alternative mais se présenterait comme la seule conception viable d'un droit pénal renouvelé (à supposer que l'on puisse parler de véritable renouvellement) à l'aune du principe de réalité ou plutôt de la conception qu'il se fait de la réalité. À ce titre, la conclusion de l'article semble être de nature à lever les dernières incertitudes. L'auteur, tout en se défendant de légitimer le droit pénal de l'ennemi, paraît admettre des concessions qui attestent d'une orientation possible du discours :

«il est difficile d'imaginer qu'un État pourrait parfaitement se passer d'un droit d'exception comme le droit pénal de l'ennemi; parce qu'un État de droit n'est pas qu'une simple pensée, mais un véritable ordre juridique dès lors qu'il garantit la validité des normes, ce qui veut dire, qu'il dirige de façon déterminante l'orientation sociale. Cependant, la manière selon laquelle cette orientation devrait être garantie ne dépend pas seulement de l'État de droit, mais aussi de son environnement hostile. On serait aveugle à la réalité des choses, si on niait l'existence d'une tension entre la notion de l'État de droit dans sa forme la plus parfaite, et ce qu'on peut pratiquement atteindre dans un État de droit. Et si l'on occultait le fait qu'un État de droit parfait pourrait garantir à des terro-

ristes des conditions de bases idéales. Il est vrai qu'une action avec des moyens qui ne sont pas parfaitement dignes d'un État de droit porte atteinte à l'État de droit dans son expression la plus parfaite. Toutefois, aussi, si l'État renonce à avoir recours à ces moyens (et cela pas seulement de manière incidente) et à des actions contre des ennemis, il perd aussi quelque chose de sa réalité et ne conserve pas, dans le pire des cas, grand-chose de la notion abstraite. La perfection de l'État de droit est une chose, la réalité des choses, une autre. Si l'on ne veut pas que la réalité souffre, on doit adapter le degré de perfection de l'État de droit; des temps tranquilles permettent plus de précautions et garanties pour l'État de droit, que des temps de malaise et de nécessité. Je suis d'avis qu'un équilibre entre la perfection et la réalité est à rechercher, et l'on ne peut répondre à la question de savoir si l'on y a réussi, que lorsque l'on sait (très bien) de quels conflits concrets l'on doit tenir compte».²⁵

Le droit pénal de l'ennemi ne se fonde pas sur des éléments nouveaux. La théorie n'opère pas une révolution de la pensée pénale, elle réactualise des idées déjà anciennes, que la doctrine pénale avait délaissées en raison de leur utilisation détestable par certains régimes politiques mettant en œuvre l'exclusion, la neutralisation et, en définitive, l'extermination : la thématique de l'ennemi porterait en germe la solution finale en la rendant théoriquement concevable²⁶. Il est possible de trouver, déjà, dans les écrits de von Liszt, l'affirmation de la nécessité de neutraliser à perpétuité les irrécupérables. Or, les irrécupérables de la fin du XIX^e ne sont guère différents des ennemis d'aujourd'hui²⁷. La dialectique, ainsi que l'emploi des antonymes amis – ennemis, est plus ancienne. L'histoire éclaire cet antagonisme constant à travers les âges qui permet à l'État d'instaurer, sous couvert de légitimité, des régimes d'exception pour lutter contre des ennemis prétendus qu'il désigne, exprimant ainsi un pou-

24 À titre d'exemple, un passage, parmi d'autres, illustre l'ambiguïté du propos ou plutôt de l'interprétation que l'on peut en donner : «La mesure de détention de sûreté est aussi un exemple de la nécessité de réglementations de droit pénal de l'ennemi. Il ne faut pas penser que je l'affirme pour légitimer, mais c'est bien évidemment plutôt pour décrire : un État, qui doit et veut protéger ses citoyens contre des crimes prévisibles, ne peut pas se passer d'une telle institution. Il est possible que l'on ne soit pas d'accord et que l'on accentue les droits dont la personne détenue jouit et sa personnalité innée. Cela afin d'indiquer et montrer sa personnalité. En effet, il y a une personnalité qui reste, et bien évidemment, on peut en parler, mais on ne peut pas oublier en même temps l'énorme dépersonnalisation qui a lieu, parce que la dépersonnalisation, et non ce qui reste de la personne, est l'image principale et dominante»...

25 G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, préc.

26 V. not., FRANCISCO MUNOZ CONDE, *Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ?* RSC 2009, p. 19.

27 En ce sens, v. not., ASUA BATARRITA ADELA et ALVAREZ VIZCAYA MAITE, «La répression du terrorisme en Espagne» préc.

voir punitif difficilement compatible avec l'État de droit²⁸. S'agissant de la théorisation, Carl Schmitt a fait, bien avant Günther Jakobs, de la distinction ami (ou plutôt non-ennemi²⁹) – ennemi, le critère du politique³⁰. Alors même que Günther Jakobs ne s'y réfère pas, du moins dans l'article publié en France en 2009, l'influence de Carl Schmitt, au-delà de l'emprunt terminologique et d'un postulat méthodologique apparenté³¹, paraît de prime abord assez manifeste. Pour autant, Carl Schmitt n'est pas le seul auteur à user de cette sémantique guerrière et il peut être déroutant de la trouver sous la plume des philosophes contractualistes ou encore de constater que Beccaria l'aurait empruntée³². Dans l'article publié en France, si Jakobs ne cite pas Rousseau, il ne manque pas de faire état de la philosophie de Hobbes et de Kant. La notion d'ennemi est présente chez ces auteurs, de même que chez Rousseau, auquel se réfère

Günther Jakobs dans des travaux antérieurs³³. Pour s'en tenir à Rousseau, dans un chapitre du contrat social, intitulé « *Du droit de vie et de mort* », l'auteur s'exprime de la façon suivante :

« D'ailleurs tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne, il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi. Les procédures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'État. Or comme il s'est reconnu tel, tout au moins par son séjour, il en doit être retranché par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort comme ennemi public; car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme, et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu ».³⁴

Le lecteur pourrait retenir que le criminel – au sens de celui qui ne respecte pas le contrat social – doit être perçu comme un ennemi et traité comme tel : il n'est plus citoyen et la peine de mort peut donc lui être appliquée. Pour autant et alors même que l'interprétation de ce chapitre divise les spécialistes³⁵, le rapprochement intellectuel entre le droit pénal de l'ennemi et la pensée de Rousseau mériterait d'être plus amplement discuté pour au moins deux raisons. D'une part, Rousseau ne semble pas, ici, se positionner selon une logique de droit pénal, mais emprunte plus certainement

28 L'article du professeur E. R. ZAFFARONI, précité, est particulièrement éclairant sur ce point. V. égal., C. SCHMITT, *La notion de politique*, trad. M.-L. STEINHAUSER, Paris, Champs Flammarion, 1992, v. spéc., la désignation de l'ennemi à travers les siècles faite par l'auteur, p. 84 à 88. V. encore D. HELLER-ROAZEN, *L'ennemi de tous : le pirate contre les nations*, éd. Seuil, coll. La librairie du XX^e siècle, 2010.

29 V. E. TUCHSCHERER, « *Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre* », réf. electr. Mots. Les langages du politique [En ligne], 73 | 2003, mis en ligne le 09 octobre 2008, URL : <http://mots.revues.org/15642>, spéc. n° 15.

30 C. SCHMITT, *La notion de politique*, préc., spéc. p. 63 et s.

31 Présentant l'objet de son étude, Carl Schmitt s'exprime de la façon suivante : « ce ne sont pas les fictions et les abstractions normatives qui font l'objet de cette étude, mais la réalité existentielle et la possibilité effective de la discrimination en question. On peut partager ou non les espoirs et les efforts d'éducation cités, on ne saurait raisonnablement nier que les peuples se regroupent conformément à l'opposition ami-ennemi, que cette opposition demeure une réalité de nos jours et qu'elle subsiste à l'état de virtualité réelle pour tout peuple qui a une existence politique », C. SCHMITT, *La notion de politique*, préc., p. 66 et 67. v. J.-CL. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, préc.,

32 V. J.-L. HALPERIN, *Ambivalences des doctrines pénales modernes*, RSC 2010, p. 9. Le terme ennemi ne paraît pourtant pas utilisé par Beccaria. V. égal., A. P. PIRES, Beccaria, *L'utilitarisme et la rationalité pénale moderne*, p. 49, en ligne http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires_alvaro/formation_rationalite_penale_moderne/3_beccaria_utilitarisme/3_beccaria_utilitarisme.html

33 V. P. VARJAO CRUZ, « *Le droit pénal de l'ennemi* », *Du phénomène au paradigme*, préc., p. 20.

34 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou des Principes du droit politique*, Livre II, Chapitre V, « Du droit de vie ou de mort », 1762.

35 V. not., S. LABRUSSE, « *Le droit de vie et de mort selon J.-J. Rousseau ou la politique de l'homme infallible* », *Annales J.-J. Rousseau*, t. XLIII, nov. 2001, p. 107-128; B. BERNARDI, « *Le droit de vie et de mort selon Rousseau : une question mal posée?* », *Revue de métaphysique et de morale*, 2003/1 n° 37, p. 89-106. Cet article peut être consulté en ligne : <http://www.cairn.info/revue-de-metaphysique-et-de-morale-2003-1-page-89.htm>

celle de l'acte de défense de l'État³⁶ dont la seule survie, et non l'existence, implique une réaction d'une grande fermeté. D'autre part, la lecture du chapitre « *Du droit de vie et de mort* » ne peut être détachée de celle du chapitre IV du livre I³⁷ :

« La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats ; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. Enfin chaque État ne peut avoir pour ennemis que d'autres États, et non pas des hommes, attendu qu'entre choses de diverses natures on ne peut fixer aucun vrai rapport ».³⁸

La filiation entre la pensée de Rousseau et le droit pénal de l'ennemi devient, dès lors, très douteuse, laissant supposer que Günther Jakobs se servirait de la philosophie contractualiste, tout en se démarquant de l'œuvre de Carl Schmitt, notamment par une approche différenciée du concept d'ennemi³⁹, afin d'orienter – de légitimer ? – son discours. Pour autant, ce sont davantage les écrits de cet auteur qui paraissent être revisités par le droit pénal de l'ennemi. Carl Schmitt fait de l'ennemi, après le registre de l'exception⁴⁰, la condition de l'existence de l'État, ce

qui implique nécessairement que l'État soit en mesure de le désigner et de prendre la décision de le combattre. Le décisionnisme de Carl Schmitt est latent dans le texte de Günther Jakobs, alors même que ce dernier ne s'y réfère pas ouvertement⁴¹. Retranché dans son rôle d'observateur du droit « *de l'extérieur* », il semble se contenter d'affirmer qu'il existe des ennemis, que l'État réagit par la création d'un droit d'exception, mais que ce droit, de façon hypocrite, ne serait pas identifié clairement. Il se propose alors de le découvrir et de le qualifier comme tel afin d'éviter que les notions ne « *tombent en désordre* », parce que, tout de même, concède-t-il, le droit pénal de l'ennemi est dangereux. Au-delà du vocabulaire, cet attrait pour l'exception caractérise peut-être le plus la pensée, parfois paradoxale, de Günther Jakobs : il a donc conscience du danger, des dérives potentielles du droit pénal de l'ennemi mais, en réponse, il se contente d'affirmer qu'il suffit d'isoler les règles de ce droit nouveau, de le qualifier précisément de droit exceptionnel pour en conjurer, en quelque sorte, le danger ou simplement pour jouer son rôle de scientifique. La question reste posée de savoir si le juriste peut se contenter de ce rôle d'ordonnateur du droit, sous prétexte de neutralité scientifique, qui paraît bien illusoire : en d'autres termes, peut-il se contenter de donner une dénomination à un phénomène ou doit-il porter un jugement de valeur critique ? La question est éculée mais le débat suscité par le droit pénal de l'ennemi ravive son intérêt⁴². On peut résumer la pensée de cet auteur de la façon suivante : lorsque la sécurité cognitive est en danger, le délinquant devient ennemi et le droit pénal devient une lutte, un combat, dont l'État ne peut faire l'économie au risque de perdre sa réalité. L'auteur ne se place-t-il pas, dès lors, dans une logique de légitimation

36 En ce sens, v. B. BERNARDI, préc., p. 103 ; V. égal., A. P. PIRES, *Histoire de savoir sur le crime et la peine. 2/ La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 69.

37 V. en ce sens, J. FERRAND, *Le conflit des rationalités au siècle des Lumières. Jalons pour penser la généalogie intellectuelle des politiques criminelles contemporaines*, Actes du colloque « Rationalité pénale et démocratie », 28-29 avril 2011, UQAM, à paraître.

38 ROUSSEAU, *Du contrat social*, Liv. I, ch. 4, *De l'esclavage*.

39 En ce sens, v. X. PIN, *L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive*, *Déviance et Société*, 2010/4 vol. 34, p. 527-545, spéc. p. 536, cet article peut être consulté en ligne : <http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2010-4-page-527.htm> : G. JAKOBS désignerait un *inimicus* criminel et non un *hostis omnium*, seul ennemi pris en considération dans la théorie schmittienne. Sur cette distinction, v. C. SCHMITT, *La notion de politique*, préc., p. 67.

40 C. SCHMITT, *Théologie politique I*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard (coll. « Bibliothèque des sciences humaines »), v. not., p. 16 : « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle ».

41 V. le passage déjà cité dans lequel l'auteur insiste sur la nécessité de l'État de s'ancrer dans la réalité pour diriger de façon déterminante l'orientation sociale, au besoin en s'affranchissant des contraintes d'un État de droit qui ne permettent pas de lutter efficacement contre l'ennemi.

42 V. not., E. R. ZAFFARONI, préc. v. égal., concernant la fonction de légitimation de la doctrine, P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine, Méthodes du droit*, Dalloz, 2004, p. 245 et s.

de la théorie, le conduisant à admettre le modèle du droit pénal de l'ennemi? Pour le moins, le fait même de passer sous silence la pensée de Carl Schmitt, ou encore d'omettre les applications historiques d'un droit pénal de l'auteur⁴³, dont le droit pénal de l'ennemi constitue un prolongement contemporain, est de nature à susciter l'étonnement, voire un certain agacement.

L'actualité du droit pénal de l'ennemi ne tient donc pas au caractère novateur de ses fondements, mais plutôt au fait que l'idéologie véhiculée par une telle théorie avait disparu du discours juridique après la seconde guerre mondiale : le souffle humaniste de l'après-guerre s'accordait difficilement avec l'idée de dépersonnalisation. Or, précisément, cette idée se situe au cœur de la théorie : le délinquant devient ennemi par un processus de dépersonnalisation, conséquence d'une perte de confiance de l'État en la capacité du délinquant à respecter, à l'avenir, ses obligations. Ce constat justifierait pleinement de recourir à des mesures de contrainte particulières et principalement *ante delictum* : la prévention, la neutralisation de l'ennemi – dont la dangerosité serait avérée – prendrait ainsi le pas sur la répression. Ce n'est pas tant la mesure *ante delictum* qui constitue le principal écueil, le Code pénal français usant des mesures de sûreté, parce qu'il n'a jamais, idéologiquement, rejeté toutes mesures de défense sociale⁴⁴, mais davantage le fait de placer au cœur de sa réflexion la personne juridique, abstraite, au détriment de l'être humain : or, ce n'est pas la personne juridique qui est atteinte par la norme pénale, c'est avant tout l'individu en tant qu'être humain. Outre la « *déshumanisation du droit pénal* »⁴⁵ qu'elle recèle, cette théorie conduit nécessairement à bouleverser les fondements du droit pénal en

substituant la dangerosité à la culpabilité : certaines applications concrètes de la théorie en témoignent.

Les applications concevables de la théorie

Günther Jakobs se livre à un examen du droit allemand afin d'y découvrir les manifestations tangibles de sa théorie : il isole donc les règles de droit pénal de fond ou de forme qui traduisent, selon lui, la consécration d'un droit pénal de l'ennemi. Or, il est assez remarquable de constater que les réflexions tirées du droit allemand peuvent, assez aisément, être transposées en droit français. Selon lui, l'exemple le plus clair d'une réglementation de droit pénal de l'ennemi est la mesure d'internement de sûreté (*Sicherungsverwahrung*)⁴⁶, dont le seul objectif est la prévention contre des faits pénaux de la personne en détention : « *la dangerosité de l'individu détenu prime sur tout, il est l'ennemi de la société, il n'est plus un citoyen libre, il n'est plus un citoyen qui a la pleine jouissance de ses droits* »⁴⁷. À l'évidence, la privation des droits est consubstantielle à toute forme de détention, l'affirmation recèle nécessairement une autre information. L'emploi du mot citoyen n'est pas anodin : Günther Jakobs trace, ici, les contours d'une distinction entre le droit pénal classique s'appliquant au citoyen et un droit pénal différent qui pourrait être retenu à l'encontre de l'individu ayant perdu cette qualité, désigné sous le terme d'ennemi⁴⁸. Cette distinction attesterait d'une nouvelle orientation du droit pénal : aux côtés du droit pénal du citoyen, ordinaire, coexisterait un droit pénal de l'ennemi fondé exclusivement sur la dangerosité. Or, le droit français n'ignore pas cette notion, consacrée dans la

43 L'approche historique est limitée à la seule dimension technique de la répression des actes préparatoires de l'infraction.

44 V. not., R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 2001, p. v. égal., J.-L. HALPERIN, *Ambivalences des doctrines pénales modernes*, préc.

45 V. M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, préc., p. 41 et s.

46 V. not., X. PIN, *L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive*, préc.; C.A. KUPFERBERG, *La Sicherungsverwahrung ou la rétention de sûreté allemande*, Dr. Pénal 2008, Étude 8.

47 G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, préc.

48 V. not., P. VARJAO CRUZ, « *Le droit pénal de l'ennemi* », *Du phénomène au paradigme*, préc., p. 24 à 29.

loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté⁴⁹. Les textes allemands consacraient un champ d'application plus large que celui envisagé par les dispositions françaises et présenteraient des garanties moindres, depuis une quinzaine d'années, notamment par des internements *a posteriori* et par des applications rétroactives⁵⁰, conduisant à des condamnations de l'Allemagne par la Cour européenne⁵¹. Ce n'est pas l'objet principal de la comparaison : ce qui importe est de constater, qu'à l'instar du droit allemand et dans la continuité de la loi du 12 décembre 2005⁵², le législateur français place la dangerosité au cœur de la réten-

tion de sûreté afin de justifier une mesure pénale qui, avant toute autre considération, présente un objectif de neutralisation. Par définition, la mesure s'applique à une personne condamnée et qui a déjà purgé sa peine, « lorsqu'elle présente une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive, parce qu'elle souffre d'un trouble grave de la personnalité », selon les termes de la loi⁵³. La dangerosité n'est pas définie par la loi, elle serait, selon les travaux préparatoires, une notion criminologique, ce qui lui conférerait une certaine légitimité⁵⁴. Toutefois, il ne semble pas avéré que la notion soit davantage définie dans le champ criminologique et l'analyse sémantique ne permet pas manifestement d'en dessiner avec précision les contours⁵⁵. L'analyse historique n'est pas beaucoup plus éclairante, sauf à déceler un lien de filiation qui devrait encore être discuté entre dangerosité, état dangereux, témibilité ou encore périculosité, concepts apportés par Garofalo⁵⁶. Sans même qu'il soit nécessaire d'ouvrir, dans ce propos, le débat relatif à la qualification – peine, mesure de sûreté –, l'idée de faire reposer une mesure de rétention, sans réelle limite de durée et au mépris du principe de la légalité criminelle, sur la seule notion de dangerosité atteste d'une déconstruction du droit pénal : or, cette déconstruction s'accompagne d'une reconstruction exclusivement orientée, non pas vers le crime, mais vers le criminel identifié et catalogué selon

49 Pour une analyse de ces textes, v. not. H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Dr. Pén. 2008, étude 5 ; C. LAZERGES, *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel*, RSC 2008, chron. p. 731 ; J. PRADEL, *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, D. 2008, chron. p. 1000 ; E. SENNA, *Premières réflexions sur les adaptations du régime de sûreté des condamnés criminels dangereux*, AJ Pénal 2008, Dossier p. 223.

50 V. not., X. PIN, *L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive*, préc., spéc. p. 537 et s. v. égal., P. VARJAO CRUZ, préc. p. 32.

51 Sur le fondement de la violation des articles 5, § 1, et 7, § 1, de la Convention, v. not. CEDH, 17 déc. 2009, *M. c/ Allemagne*, D. 2010, Jur. 737, note J. PRADEL ; AJ pénal 2010. 129, étude J. LEBLOIS-HAPPE ; RSC 2010, 228, obs. D. ROETS ; v. encore, sur même fondement, CEDH, 13 janv. 2011, *Kallweit c/ Allemagne ; Mautes c/ Allemagne ; Schummer c/ Allemagne* ; D. 2011. Actu. 379, obs. BACHELET ; Dalloz actualité, 31 janv. 2011, obs. BACHELET. *Haidn c/ Allemagne*, D. 2011. Actu. 379, obs. BACHELET ; Dalloz actualité, 31 janv. 2011, obs. Bachelet ; sur le fondement de la violation de l'article 5, § 1, e), v. CEDH, 13 janv. 2011, *Haidn c/ Allemagne*, la Cour considère, notamment, que la mesure ne peut être justifiée au regard de l'article 5, §1, e) de la Convention qui concerne les aliénés dès lors qu'une différence de traitement existe entre les délinquants dangereux et les malades mentaux. Le droit français est similaire, v. pour une actualité récente, L. n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

52 V. déjà art. 723-31 C. pr. pén. (évaluation de la dangerosité aux fins de surveillance judiciaire) ; art. 763-10 C. pr. pén. (évaluation de la dangerosité aux fins d'un placement sous surveillance électronique mobile).

53 Art. 706-53-13 C. pr. pén.

54 En ce sens, v. F. FIECHTER-BOULVARD, *Quand la criminologie risque de n'être qu'un prétexte du droit pénal*, in *Les foudres du pénal*, L'irascible, Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles, n°2, p. 197 à 226.

55 V. en ce sens, F. FIECHTER-BOULVARD, *Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de dangerosité*, APC, n°31, 2009, p. 265.

56 V. F. FIECHTER-BOULVARD, *Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de dangerosité*, préc., spéc., p. 280 à 284 ; M. KALUSZYNSKI, *Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages*, Champ pénal/Penal field [En ligne], Vol. V | 2008, URL : <http://champpenal.revues.org/6183> ; J. DANET, *La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante*, Champ pénal/Penal field [En ligne], Vol. V | 2008, URL : <http://champpenal.revues.org/6013>.

un critère non défini légalement, si ce n'est par référence à ses actes passés et à une probabilité qu'il les réitère à l'avenir, selon une méthode à définir⁵⁷. En ce sens, l'on peut souscrire aux propos de Günther Jakobs : la mesure de détention de sûreté atteste bien d'une réglementation du droit pénal de l'ennemi. L'ennemi étant, selon une interprétation de la loi française, le bourreau d'enfant, l'assassin particulièrement abject, le prédateur sexuel, le récidiviste... tous présentant des points de convergence, malgré des profils très disparates. D'une part, ces auteurs dirigent leurs méfaits vers les personnes et non, pour l'heure, vers les biens, d'autre part, ils souffrent d'un trouble grave de la personnalité sans être pour autant atteints d'un trouble psychique ou neuropsychique abolissant leur discernement⁵⁸. En d'autres termes, il se dégagerait dans le droit français, à l'instar de législations étrangères plus anciennes, des catégories juridiques de délinquants anormaux et d'habitude⁵⁹, auxquels la loi réserverait un traitement différencié. Il convient de relever toutefois que la mesure peut s'appliquer à des primo délinquants, mais dont on suppose qu'ils vont récidiver parce qu'ils ont commis un acte odieux, faisant presque présumer leur anormalité. L'ennemi ainsi esquissé est donc bien le

récidiviste qui récidivera, sans ambiguïté depuis la loi du 10 mars 2010, ou, la nuance n'est pas mince, celui qui après une première infraction récidivera : propension à réitérer un acte et anormalité seraient dès lors intimement liées, sans qu'il soit possible d'en fournir une définition précise. À ce titre, la loi du 25 février 2008 s'inscrit dans la logique d'une politique criminelle dont la rigueur est dirigée vers ces populations pénales depuis les années quatre-vingt-dix⁶⁰, pour s'en tenir à la période la plus récente⁶¹.

Poursuivant l'inventaire des règles de fond qui relèveraient d'un droit pénal de l'ennemi, Günther Jakobs s'intéresse aux dispositions allemandes autorisant une punissabilité anticipée (*vorverlagerungen der strafbarkeit*) et pouvant être qualifiées de droit pénal de l'ennemi. La norme pénale qui atteint, non pas seulement celui qui commet ou tente de commettre une infraction, mais celui qui se situe dans sa phase de préparation, serait ainsi une norme de droit pénal de l'ennemi. Les exemples ne manqueraient pas en droit allemand, qu'il s'agisse de la répression de l'association criminelle et naturellement terroriste, de la tentative de participation ou encore de la falsification de documents sous les formes de fabrication et d'obtention⁶². Ainsi l'auteur insiste sur la répression du chef d'une association terroriste qui peut être puni d'une peine privative de

57 Concernant la méthode actuarielle, v. not., B. E. HARCOURT, J. KREEGER, *Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIX^e et XX^e siècles*, RSC 2010, p. 31 ; B. E. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel » *Généalogie et critique* (Partie II), *Déviance et Société*, 2011/2 Vol. 35, p. 163-194, en ligne. <http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2011-2-page-163.htm>

58 Ces individus sont pénalement irresponsables (art. 122-1, al. 1^{er}, C. pén.) alors même qu'une approche victimaire du procès pénal a conduit le législateur à consacrer une procédure particulière dans cette hypothèse (second volet de la loi du 25 février 2008), v. not. H. MATSOPOULOU, *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, préc.

59 Il est ici emprunté la formulation de deux auteurs, v. J. DANET, C. SAAS, *De l'usage des notions de « délinquants anormaux » et « délinquants d'habitude » dans les législations allemande, belge, française et suisse*, *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. VII | 2010, URL : <http://champpenal.revues.org/7955>.

60 V. J. DANET, C. SAAS, *De l'usage des notions de « délinquants anormaux » et « délinquants d'habitude » dans les législations allemande, belge, française et suisse*, préc. Ces auteurs évoquent notamment la loi de 1994 relative à la perpétuité réelle, celle de 1998 instaurant le suivi socio-judiciaire et, naturellement, les lois ayant expressément pour objet de lutter contre la récidive : loi du 12 décembre 2005, sur le traitement de la récidive des infractions pénales ; loi du 10 août 2007, sur la récidive instaurant notamment des peines plancher. Il faut encore ajouter à cette liste la loi du 10 mars 2010, tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale. Le texte contient notamment des dispositions relatives à la rétention et à la surveillance de sûreté et vise également à renforcer l'efficacité des dispositions relatives à l'injonction de soins et à la surveillance de sûreté.

61 Pour une approche historique, v. not. M. KALUSZYNSKI, *Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages*, préc.

62 Pour ces derniers exemples, v. P. VARJAO CRUZ, « *Le droit pénal de l'ennemi* », *Du phénomène au paradigme*, préc., spéc. p. 34.

liberté pouvant atteindre une durée de quinze ans, « pour avoir exercé des fonctions ou activités dans l'organisation, sans qu'il soit nécessaire que des actes terroristes aient véritablement vu le jour ; quinze ans est d'ailleurs aussi, en règle générale, la peine maximale pour un homicide »⁶³. Le code pénal français contient des règles similaires : ainsi, aux termes de l'article 421-2-1, constitue un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme mentionné aux articles 421-1 et 421-2. La participation au groupement ou à l'entente est punie notamment, selon les cas, de dix ans d'emprisonnement à vingt ans de réclusion criminelle⁶⁴, alors que l'organisateur du groupe encourt, quant à lui, entre autres peines, vingt ans à trente ans de réclusion criminelle⁶⁵. Non seulement la loi pénale intervient précocement, avant toute commission ou même tentative de commission d'une atteinte aux personnes ou aux biens, mais encore elle frappe avec intensité. L'incrimination, du moins dans sa forme originale, est issue de la loi du 22 juillet 1996, soit à peine un an après la vague d'attentats (notamment à la station de métro Saint-Michel à Paris) qui a frappé la France en 1995. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, de façon constante et pour s'en tenir aux seuls textes qui répriment les actes préparatoires, la répression s'est intensifiée : création d'une nouvelle incrimination⁶⁶, aggravation des peines existantes⁶⁷. Aucun auteur français ne paraît avoir vu, sur le coup, la consécration d'un droit pénal de l'ennemi dans ces textes ; c'est parfaitement compréhensible : d'une part, l'ampleur des attaques terroristes semblait interdire toute remise

en question d'une intervention étatique forte, d'autre part, la technique juridique employée ne présentait pas un caractère novateur. En effet, ces incriminations ne participent pas d'une déconstruction des concepts classiques du droit pénal : elles pourraient être rattachées aux infractions formelles ou, plus certainement encore, à la notion de délits obstacles⁶⁸, présente, notamment, dans le livre IV du Code pénal qui vise les crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique. La répression de l'association de malfaiteurs en constitue un exemple topique⁶⁹ : il s'agit d'incriminer le plus tôt possible afin d'éviter qu'une infraction plus grave ne soit commise. Une question demeure : peut-on, ou doit-on, aujourd'hui, qualifier ces mesures de droit pénal de l'ennemi et en tirer toutes les conséquences qui s'imposent ? Manifestement, le développement des infractions obstacles ne se dément pas. Ainsi, le délit d'embuscade créé par la loi du 5 mars 2007 participe de ce mouvement⁷⁰. Plus récemment encore, la loi du 2 mars 2010 a introduit dans le code pénal les délits d'intrusion dans un établissement d'enseignement scolaire⁷¹, d'introduction d'armes

63 G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, préc.

64 Art. 421-5, al. 1^{er}, et 421-6, al. 1^{er}, C. pén.

65 Art. 421-5, al. 2, et 421-6, al. 5, C. pén.

66 Art. 421-2-2 C. pén., qui crée une incrimination destinée à lutter contre le financement de l'activité terroriste et qui, dans sa structure, est clairement une infraction qui permet une répression anticipée. Sur la nature exacte infraction obstacle/ infraction formelle, v. *infra*, note 68.

67 Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, modifiant l'article 421-5 C. pén. ; Loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 créant l'article 421-6 C. pén.

68 La distinction entre ces deux catégories est malaisée : l'infraction obstacle présenterait un lien plus distendu avec le résultat légal de l'infraction matérielle correspondante, v. not. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 323 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 668. Pour notre propos, il est surtout intéressant de montrer qu'il s'agit d'une forme de répression anticipée.

69 Art. 450-1 C. pén., l'obstacle étant, dans ce cas, déterminé. V. égal., le complot (C. pén., art. 412-2) ; l'intelligence avec une puissance étrangère (C. pén., art. 411-5) ; la participation à un attroupement en étant porteur d'une arme (C. pén., art. 431-5)...

70 Art. 222-15-1 C. pén., qui réprime de cinq à sept ans d'emprisonnement et de 75 000 à 100 000 euros d'amende le fait d'attendre un certain temps et dans un lieu déterminé un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, ainsi qu'un sapeur-pompier civil ou militaire ou un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, dans le but, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, de commettre à son encontre, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, des violences avec usage ou menace d'une arme.

71 Art. 431-22 et s. C. pén.

dans un établissement scolaire⁷², mais elle a surtout ajouté un article 222-14-2 au Code pénal. Cette nouvelle incrimination punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende⁷³ le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens. Des auteurs ont porté un regard très critique envers cette disposition. Ainsi lui est-elle reproché de porter atteinte aux « *piliers du droit pénal que sont les principes de nécessité et de légalité* »⁷⁴, le législateur se plaçant délibérément sur le terrain de la punissabilité anticipée dans l'objectif, notamment, de prévenir les exactions des casseurs lors de manifestations sur la voie publique⁷⁵. Sur ce point précis, l'analyse d'un auteur, Olivier Cahn, mettant en parallèle expressément le droit pénal de l'ennemi et la répression des mouvements protestataires, est édifiante⁷⁶. Expliquant d'abord le processus de construction d'un « *ennemi intérieur* »⁷⁷, en l'occurrence les membres de l'ultra gauche mouvance anarcho-autonome,

susceptibles de participer à des « *black blocs* »⁷⁸, notamment lors des contre-sommets altermondialistes⁷⁹, l'auteur s'attache ensuite à démontrer les implications d'un droit pénal de l'ennemi, aussi bien dans les règles de fond que de forme. Ainsi, l'article 222-14-2 du Code pénal caractériserait la volonté du législateur de justifier un prétendu vide législatif afin d'atteindre une catégorie d'individus identifiables par les forces de l'ordre, avant toute commission d'infraction :

« par exemple, toute personne de noir vêtue qui prend part à une manifestation dans laquelle un black bloc se constitue est susceptible d'être interpellée et poursuivie avant même que quelque infraction soit commise »⁸⁰.

L'intérêt de l'incrimination est double. Sur le fond, la répression est facilitée : il devient inutile d'avoir recours aux règles relatives à la participation à un attroupement qui implique, en l'absence de port d'arme, le respect d'une

72 Art. 431-28, C. pén.

73 En première lecture, les députés avaient retenu des peines plus graves (3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende).

74 R. PARIZOT, *L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal*, D. 2009. Chron. 2701.

75 V. l'exposé des motifs : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1641.asp>. Sur la genèse du texte, v. not. O. CAHN, *La répression des « black blocs », prétexte à la domestication de la rue protestataire*, APC 2010, p. 165 à 218, spéc. p. 183. Cet article s'inscrit dans un numéro consacré au thème suivant : Espaces publics. Surveillance et répression, v. égal., P. PONCELA, *La pénalisation des comportements dans l'espace public*, APC 2010, p. 5 à 21.

76 O. CAHN, *La répression des « black blocs », prétexte à la domestication de la rue protestataire*, préc.

77 La désignation de l'ennemi implique alors, pour l'auteur, de se référer à Carl Schmitt, v. O. CAHN, préc., spéc. p. 175 et 176.

78 V. not., F. DUPUIS-DERI, « *Black Blocs : bas les masques* », Mouvements, 2003/1 n° 25, p. 74-80, en ligne : <http://www.cairn.info/revue-mouvements-2003-1-page-74.htm> : selon cet auteur, « *Les Black Blocs sont apparus à Berlin Ouest pendant l'hiver de 1980 alors que les policiers vidaient brutalement des squats de militants du mouvement autonome. Décidés à défendre leur logement, ces militants formeront les premiers Black Blocs – expression lancée par la police allemande – qui affronteront les policiers dans de violents combats de rue. Le Black Bloc est un type d'action collective, une tactique. Ceux et celles qui veulent former un Black Bloc se présentent lors d'une manifestation vêtus et masqués de noir : se reconnaissant aisément, ils peuvent alors constituer un contingent. La première fonction d'un Black Bloc est d'exprimer une présence anarchiste et une critique radicale au cœur d'une manifestation. Il offre aussi la possibilité à des militants de mener des actions directes car cette masse dans laquelle ils se fondent leur assure une solidarité politique et protège leur anonymat, ce qui rend d'autant plus difficile pour les policiers de cibler et d'arrêter un individu en particulier* ».

79 Pour des exemples de black blocs organisés sur le territoire national v. O. CAHN, préc., spéc. p. 167, note 14 : Sommet du G8 d'Évian, 1^{er} au 3 juin 2003 ; Sommet des ministres des États membres de l'Union européenne chargés de l'immigration, Vichy, 3 novembre 2008 ; Sommet de l'OTAN, Strasbourg, 3 et 4 avril 2009 et déménagement de la maison d'arrêt de Poitiers, 10 octobre 2009.

80 O. CAHN, préc., spéc. p. 186.

procédure relativement complexe⁸¹. Sur la forme, l'incrimination, placée délibérément dans le livre II du Code pénal, devrait permettre de retenir un régime procédural de droit commun : ce n'est pas le cas du texte incriminant la participation à un attroupement, de nature politique, excluant, par là-même, les procédures simplifiées. Il devient ainsi concevable de poursuivre et de juger, en comparution immédiate, les auteurs de l'infraction visée par l'article 222-14-2 du Code pénal. Plus généralement, les textes les plus récents, qu'il s'agisse de la loi du 2 mars 2010 ou, antérieurement, du décret du 19 juin 2009 qui a incriminé « *le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* »⁸², traduiraient une tendance nette tout à la fois à une aggravation⁸³ et à une anticipation de la répression à l'égard de manifestants que l'on présume violents. Au vu des textes, l'affirmation semble difficilement contestable mais, au-delà, c'est davantage la technique juridique employée qui donne

du crédit à la thèse soutenue. Sacrifiant des principes fondamentaux du droit pénal – légalité, nécessité, proportionnalité des peines⁸⁴ – pour atteindre une catégorie déterminée d'individus, en considération non exclusive de leurs actes, la norme pénale sanctionne, en outre, des actes préparatoires selon des conditions nettement moins rigoureuses que par le passé⁸⁵. Pour ces raisons et en contemplation des critères exposés par Günther Jakobs, elle pourrait, effectivement, se muer en droit pénal de l'ennemi⁸⁶.

Des applications du droit pénal de l'ennemi dans la procédure pénale seraient également envisageables. Günther Jakobs évoque notamment les formes de contrainte qui limitent les droits de la personne poursuivie. Il met ainsi en perspective, en droit allemand, la détention provisoire et la mesure de sûreté et de détention. L'accusé contraint d'assister à son procès ne pourrait plus être perçu comme une personne, dès lors que la mesure serait guidée par le seul motif d'éviter l'éventualité d'une réitération de l'infraction. Dans cette hypothèse, seule la dangerosité justifierait la privation de liberté avant jugement qui ne pourrait pas être fondée sur une autre cause⁸⁷. Le code de procédure pénale français n'ignore pas ce motif de placement en détention provisoire : aux termes de l'article 144, 7°, la détention provisoire peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré qu'elle constitue l'unique moyen de mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement. Pour autant, sur la forme, la loi française ne réserve pas de disposition particulière à ce

81 Les peines prévues par l'article 431-4 C. pén. impliquent une appréciation du risque de trouble de l'ordre public, une décision de dispersion, des sommations avant l'emploi de la force publique, v. not. H. Vlamynck, *Le maintien de l'ordre : manifestations, réunions publiques et attroupements*, AJ Pénal 2009, p. 289 ; J.-F. Dreuille, *J.-Cl. Pénal*, art. 431-3 à 431-8 : fasc. 20, 2008.

82 Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique. L'article R. 645-14 C. pén., issu du décret, prévoit une amende de la cinquième classe, soit 1 500 euros, pouvant être portée à 3 000 euros en cas de récidive. Pour une critique du décret, v. not. A.-G. Robert, RSC 2009, p. 882 ; F. Defferrard, *Requiem pour un « capuchard »*, D. 2009, 2225. Le décret a été attaqué devant le conseil d'État, qui a considéré que les dispositions visées « *sont conformes tant aux exigences constitutionnelles du principe de légalité des infractions et des peines, qu'aux stipulations de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », v. E. Pechillon, *L'interprétation du décret anti-cagoule par le conseil d'État*, obs. sous CE, 23 fév. 2011, AJ Pénal 2011, p. 240.

83 Ainsi, les peines prévues par les articles 431-4 (participation délictueuse à un attroupement, après sommations) et 431-5 (participation armée à un attroupement) du Code pénal sont aggravées lorsque l'auteur dissimule son visage afin de ne pas être identifié.

84 On pourra objecter, toutefois, que les principaux textes envisagés ont été examinés par le conseil constitutionnel (Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010) ou par le conseil d'État (v. CE, 23 fév. 2011, concernant le décret du 19 juin 2009, v. *supra*, note n° 81), sans qu'il ait été relevé une atteinte à ces principes.

85 V. not., les conditions strictes qui entourent la répression de l'association de malfaiteurs, incriminée à l'article 450-1 du code pénal.

86 La figure du « terroriste anarcho-autonome » développée par Olivier Cahn, qui met en lumière la volonté politique de dénaturer la qualification de terrorisme, est de nature à lever les derniers doutes ; sur l'affaire dite du « groupe de Tarnarc », v. spéc. p. 192 et s.

87 § 112 a C. pr. pén. allemand. Pour une traduction v., R. Legais, en ligne : http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/articles/detention_preventive.htm#not

seul motif. Par ailleurs, le caractère subsidiaire de la détention est régulièrement renforcé au profit du contrôle judiciaire et désormais de l'assignation à résidence avec surveillance électronique. En outre, l'article 144 impose au juge des libertés et de la détention une exigence de double motivation, lorsqu'il ordonne ou prolonge une détention provisoire⁸⁸. Toutefois, il peut incontestablement prendre une telle décision au regard du seul risque de renouvellement de l'infraction par une personne soupçonnée d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à trois ans. La détention provisoire est bien, dans cette hypothèse, une mesure de sûreté⁸⁹. Doit-on, comme le suggère Günther Jakobs, y déceler une application procédurale du droit pénal de l'ennemi? Les garanties évoquées, ainsi que le régime des demandes de mise en liberté, invitent à formuler une réponse négative. De plus, la durée de la détention provisoire s'impute sur la durée de la peine définitive⁹⁰ ou, à défaut de condamnation, la mesure injustifiée donne lieu, en principe, à une indemnisation⁹¹; la figure de l'ennemi déshumanisé et privé de l'ensemble de ses droits semble bien, dans ce cas, inappropriée, du moins en droit français, sauf à qualifier d'ennemi toute personne faisant l'objet d'une contrainte, notamment au titre d'une mesure de sûreté. Cette affirmation n'est toutefois pas contradictoire avec une idée ancienne, mais non désuète, selon laquelle « *La détention préventive est une institution à laquelle l'idée de justice est étrangère* »⁹².

Günther Jakobs se réfère, par ailleurs, aux mesures de surveillance des personnes, de leurs communications téléphoniques, de leurs conversations privées dans des domiciles sonorisés, des enquêtes sous couverture. Ces mesures sont également prévues par le Code de procédure pénale, particulièrement dans le titre intitulé « *de la procédure applicable à la délinquance et à la criminalité organisées* »⁹³, titre qui constitue à lui seul un Code dans le Code⁹⁴. Un régime dérogatoire est prévu, depuis 2004, afin d'adapter les techniques policières à une nouvelle forme de criminalité, qui mettrait en échec les investigations classiques. Incontestablement, non seulement le répertoire des actes s'accroît, mais encore la coercition, les atteintes aux libertés individuelles sont plus marquées que dans le régime des enquêtes ordinaires⁹⁵. Pour autant, faut-il, là encore, conclure à l'émergence d'un droit pénal de l'ennemi? Ce régime dérogatoire est soumis à un contrôle de l'autorité judiciaire, le plus souvent, pour les mesures les plus attentatoires aux libertés, au contrôle d'un magistrat du siège (magistrat instructeur ou JLD). Néanmoins, certains motifs d'inquiétude subsistent. Tout d'abord, la criminalité organisée

88 V. les modifications récentes apportées à l'article 144 du code de procédure pénale par les lois du 5 mars 2007 et du 24 novembre 2009.

89 V. J.-P. DOUCET, *La détention préventive : mesure exceptionnelle?* Gaz. Pal. 10 juin 1966, Recueil 1966 I Doc. 130, en ligne (site auteur) http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/articles/detention_preventive.htm#not

90 Art. 716-4 C. pr. pén.

91 Toutefois, peuvent être critiquées les exceptions prévues par l'article 149 c. pr. pén., notamment l'exclusion de toute réparation lorsque l'absence de condamnation résulte d'une cause d'irresponsabilité pénale au sens de l'article 122-1 du Code pénal (abolition du discernement).

92 R. GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle*, t. III, Paris 1912, p. 128.

93 V. not., J. PRADEL, *Vers un «aggiornamento» des réponses de la procédure pénale à la criminalité*, JCP 2004. I. 132; B. DE LAMY, *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, D. 2004. 1910; *Criminalité organisée : une justice adaptée?* Dossier, AJ pénal 2004. 177.

94 V. not., C. LAZERGES, *Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux*, Les droits et le droit. Mélanges BOULOC, Paris, Dalloz, 2007, p. 574-589.

95 Mesure de surveillance sur l'ensemble du territoire national (Art. 706-80 C. pr. pén.); infiltration (Art. 706-81 C. pr. pén.); règles dérogatoires concernant la garde à vue (Art. 706-88 C. pr. pén.); règles dérogatoires concernant les perquisitions (Art. 706-89 et s. C. pr. pén.); écoutes téléphoniques en enquête de police (Art. 706-81 C. pr. pén.), sonorisation et fixation d'images de certains lieux ou véhicules (Art. 706-96 C. pr. pén.), captation de données informatiques (Art. 706-102-1 C. pr. pén.).

n'est pas définie avec précision par la loi⁹⁶, ce qui permet aisément de mettre en œuvre des pouvoirs dérogoires au regard des qualifications pénales visées. Ensuite, les constatations incidentes ne sont pas affectées par une quelconque nullité: sans nier son intérêt pragmatique, une telle solution n'est pas de nature à décourager les éventuels détournements de procédure. Enfin, la liste des incriminations relevant de ce régime est loin d'être cohérente: sont visées des atteintes aux biens (vol, escroquerie, destruction, dégradation et détérioration, extorsion, blanchiment, délit de non-justification de ressources), des atteintes aux personnes (meurtre, acte de barbarie, trafic de stupéfiants, enlèvement et séquestration, crimes et délits aggravés de proxénétisme et de traite des êtres humains, détournement d'aéronef), des atteintes contre la Nation, l'État et la paix publique (terrorisme, participation à une association de malfaiteurs, crimes en matière de fausse monnaie), auxquelles s'ajoutent des infractions spéciales (délits en matière d'armes et de produits explosifs prévu par le code de la défense, crimes et délits punis de dix ans d'emprisonnement contribuant à la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs, délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger en France). Cet inventaire rend délicate la désignation d'un éventuel ennemi: ce n'est pas tant le délinquant pris isolément qui est redouté, mais plus certainement la réunion, l'organisation, la capacité de délinquants à se structurer. En théorie, c'est donc moins la personne que la forme de la délinquance qui fait l'objet d'un régime dérogoire. En pratique, il en va différemment. Chaque délinquant de la bande peut se voir appliquer une mesure coercitive ou restrictive de droits qu'il n'aurait pas subie s'il avait agi seul. La logique du Code de procédure pénale allemand ne paraît pas identique: si la bande est également visée dans les régimes dérogoires, ce n'est pas la

bande ou l'entente qui constitue le dénominateur commun des infractions envisagées. De plus, la loi allemande vise, au premier chef, des incriminations qui relèvent de la préservation de l'autorité et de la sécurité de l'État allemand. La notion d'ennemi pourrait donc prendre davantage de sens. Toutefois, cette remarque ne résiste pas à une analyse plus poussée: les textes allemands visent également des infractions très proches de celles listées par l'article 706-73 du Code de procédure pénale. Pour toutes ces raisons, les procédures dérogoires ne peuvent, avec évidence, être qualifiées de droit pénal de l'ennemi. Pour autant, le livre IV du Code de procédure pénale, en perpétuelle expansion⁹⁷, atteste bien que certaines catégories de délinquants peuvent faire l'objet de mesures intrusives, privatives de droits, dans des conditions fortement dérogoire au droit commun. L'accroissement des prérogatives policières peut, d'un point de vue strictement pragmatique, s'entendre, d'autant que les principales mesures les plus attentatoires aux libertés sont placées sous le contrôle d'un magistrat du siège. En revanche, l'esprit qui anime ces textes est très inquiétant lorsque le législateur inverse la finalité des règles formelles, assimilant, d'une part, la procédure pénale à un obstacle à la répression, d'autre part, en considérant que les droits de la défense doivent être inversement proportionnels à la gravité des faits reprochés⁹⁸. À ce titre, la modification substantielle de l'article 706-88 du Code de procédure pénale (garde à vue dans le régime de la criminalité organisée) par la loi du 14 avril 2011 constitue une réorientation encourageante, même si l'autorité judiciaire conserve, en pratique, une marge de manœuvre non négligeable.

Le droit pénal de l'ennemi n'est pas une simple vue de l'esprit. La théorie prend même une résonance particu-

96 Le Code de procédure pénale ne définit pas la criminalité organisée. En revanche, aux termes, imprécis, de l'article 132-71 du Code pénal: «constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions».

97 V., pour une dernière modification, la loi n°2011-1862 du 13 déc. 2011, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, qui ajoute un titre XXXIII «*De la procédure applicable en cas d'accident collectif*».

98 Ce dernier point était clairement illustré par le droit à l'assistance d'un avocat au cours de la garde à vue, dans le régime prévu par l'article 706-88, ancien, du Code de procédure pénale (criminalité et délinquance organisée).

lière dans l'actualité⁹⁹. Même limitées, ses applications en droit positif sont indéniables. Elle ne pourra pas être balayée d'un simple trait de plume tant les ressorts, les implications, sont d'une extrême complexité. Ainsi, la théorie fait-elle ressurgir les vieux démons de la conception positiviste de la défense sociale et inexorablement, dans la foulée, l'antagonisme déterminisme / libre arbitre. Or, peut-être convient-il de ne pas adopter une démarche par trop dogmatique, si l'on souhaite éviter que le droit pénal de l'ennemi ne recueille l'adhésion. La diabolisation du droit pénal de l'ennemi au moyen de références systématiques à l'école positiviste, aux mesures de défenses sociales qui prôneraient exclusivement l'élimination, en passant par le postulat déterministe qui, par essence, serait incompatible avec une vision humaniste du droit pénal, ne suffira pas à endiguer l'émergence d'un droit pénal de l'ennemi. Le droit pénal de l'ennemi présente certainement cette seule vertu : il appelle à un réexamen des fondements du droit pénal. L'internement de sûreté en Allemagne éclaire assez bien les données du problème : il serait inexact d'assimiler toute mesure de défense sociale à une mesure émanant nécessairement d'un État totalitaire menant une politique d'extermination. Le fait que les nazis aient usé de l'internement de sûreté dans des conditions inhumaines, au regard de critères racistes et xénophobes, n'en fait pas nécessairement une institution nazie¹⁰⁰. Il demeure malgré tout un sentiment de malaise, comme s'il était impossible de détacher pleinement la mesure de sa mise

en œuvre. Or, il faut impérativement se contraindre à cet effort intellectuel et refuser le confort du raccourci. On a pu se demander ce qu'il convenait de faire de la pensée schmittienne¹⁰¹, à une échelle moindre, l'on peut se demander ce qu'il convient de faire du droit pénal de l'ennemi. À l'évidence, on ne peut prétendre, en quelques lignes, répondre à cette question. Le champ d'investigation est trop vaste, les connaissances pluridisciplinaires, à mobiliser, bien trop conséquentes. Mais une chose paraît acquise : il est nécessaire de dépasser sa première réaction, quasi-instinctive, de rejet de la théorie. Les dangers, les risques de dérives totalitaires qu'elle implique ne doivent pas occulter le débat, la discussion, d'autant plus si l'on souhaite ardemment que le phénomène du droit pénal de l'ennemi ne devienne pas un nouveau paradigme du droit pénal¹⁰².

99 Moins d'une heure après l'assaut du RAID, qui s'est achevé par le décès de Mohamed Merah, le 22 mars 2011, l'ancien président a exprimé sa volonté de multiplier les incriminations avant le passage à l'acte. Par ailleurs, la polémique récente suscitée par la condamnation, le 4 mai 2012, d'Adlène Hicheur, chercheur en physique fondamentale au CERN, s'inscrit dans cette logique, v. déjà, avant la condamnation, la tribune publiée dans le journal Le Monde, « *Non au délit de pré-terrorisme* », en ligne : http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/04/30/non-au-delit-de-pre-terrorisme_1693299_3232.html. Un nouveau projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme a été présenté le 11 avril en conseil des ministres, v. Dalloz Actualité, 18 avril 2012, obs. E. Allain.

100 X. PIN, L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive, préc.

101 J.-Cl. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception, Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, préc., p. 10 et p. 19 et s. ; V. égal. PH. RAYNAUD, « *Que faire de Carl Schmitt ?* », Le Débat, 2004/4 n° 131, p. 160-167, cet article peut être consulté en ligne, <http://www.cairn.info/revue-le-debat-2004-4-page-160.htm> ; v. encore, R. FELLI, *Le quotidien libéral démocratique contre l'État d'exception. Notes à partir de la résurgence de Carl Schmitt*, Artículo – Journal of Urban Research, 1 | 2005, <http://articulo.revues.org/828>

102 En ce sens, v. P. VARJAO CRUZ, « *Le droit pénal de l'ennemi* », *Du phénomène au paradigme*, préc., spéc. la conclusion, p. 81.