



HAL
open science

Propos introductif aux actes du colloque de Chambéry sur le droit pénal de l'ennemi

Jean-François Dreuille

► **To cite this version:**

Jean-François Dreuille. Propos introductif aux actes du colloque de Chambéry sur le droit pénal de l'ennemi. *Jurisprudence. revue critique*, 2016, Droit pénal et politique de l'ennemi, pp. 9-14. hal-01479162

HAL Id: hal-01479162

<https://hal.science/hal-01479162>

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.

PROPOS INTRODUCTIF

JEAN-FRANÇOIS DREUILLE

En 2012, la revue *Jurisprudence-Revue critique* publiait un article consacré au droit pénal de l'ennemi, perçu comme un nouveau modèle possible du droit pénal, impliquant et justifiant concrètement la multiplication d'interventions *ante delictum* en réponse à une situation d'urgence et de défense des États, confrontés à de nouvelles formes de criminalité, ou à un risque accru d'attaques terroristes¹. L'objectif était alors d'avancer des pistes de réflexion, de donner quelques éléments bibliographiques pour alimenter une discussion transcendant les champs disciplinaires. En effet, le thème, inépuisable, imposait de mobiliser différents savoirs : il ne pouvait se limiter à une approche exclusivement juridique. Un appel à contribution a permis de rassembler, pendant deux journées d'étude, des chercheurs d'horizons divers mais tous intéressés par la même problématique : « *Droit pénal et politique de l'ennemi* »². Cette rencontre entre linguistes, sociologues, historiens, juristes et philosophes

s'est révélée particulièrement riche sur le plan scientifique mais également humain. Ce numéro de *Jurisprudence-Revue critique*, consacré à la publication des actes de ces journées qui se sont tenues à l'Université Savoie Mont Blanc (Chambéry), en décembre 2013, devrait permettre au lecteur d'apprécier la teneur de ce constat.

Le plan retenu pour la publication est celui suivi au cours des débats, permettant d'aborder l'objet d'étude sous des angles différents mais complémentaires.

Il s'agit, tout d'abord, d'approcher l'ennemi (Partie I). **Dominique Lagorgette** ouvre les débats, dans une étude linguistique qui nous aide à comprendre les héritages, les évolutions successives de la langue et à mieux cerner l'*inimicus*, l'*hostis publicus* et l'*adversarius*³. Mais surtout, au cœur du sujet, la linguistique révèle l'apparition de l'ennemi suprême, enrichissant les sens classiques du mot, c'est-à-dire l'ennemi pleinement identifié au diable. Dès lors, du chevalier Sarrasin dans la *Chanson de Roland* à l'*axe du mal* de Georges Bush, le grand écart historique, culturel, se réduit pour nous fournir les clés de compréhension de l'objet d'étude, éclairant la rhétorique des adversaires, qui justifient la destruction de l'autre par la déshumanisation, voire la

1 J.-F. Dreuille, Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion, *Jurisprudence Revue critique*, 2012, p. 149 à 165. Le risque d'attaques terroristes qui s'est concrétisé, récemment, de manière dramatique, a replacé, instantanément, l'ennemi – intérieur – au cœur du discours politique.

2 À l'initiative de Jérôme Ferrand, Faculté de droit de Grenoble, UPMF ; Xavier Pin, Faculté de droit de Lyon, Lyon III ; Jean-François Dreuille, Faculté de droit de Chambéry, Université Savoie Mont Blanc.

3 D. Lagorgette, *Diaboliser autrui : étude linguistique des représentations langagières de l'ennemi, du Moyen Âge au journal de 20 heures*, p.

biologisation. Certes, la rhétorique semble immuable, mais les formes de conflictualité évoluent et mettent en déroute les catégories habituelles dans lesquelles la violence est abordée. **Dominique Linhardt et Cédric Moreau de Bellain** dans l'approche sociologique devraient en convaincre le lecteur⁴. L'intérêt de la doctrine de l'ennemi serait de remplir le vide laissé par le constat de la nouveauté, par ces nouveaux nouages de la violence et du droit. Les idées ne sont pas figées et la démonstration aide à comprendre les configurations successives de la doctrine du droit pénal de l'ennemi et les réceptions distinctes des commentaires qui en sont faits. L'étude révèle également que la figure de l'ennemi est variable dans le temps et dans l'espace (citoyen déloyal / citoyen oppositionnel) au gré des inspirations de cette doctrine (inspiration, par exemple, de la conception américaine de la « *harsh justice* », qui revendique un droit absolu à l'autodéfense). La diversité des études historiques proposée dans cet ouvrage en fait la force, alors même qu'elles se concentrent sur des périodes courtes mais denses. La question de l'éradication de l'ennemi, sous le III^e Reich, présentée par **Johann Chapoutot**, illustre parfaitement le caractère belliqueux du droit pénal nazi⁵. Il s'y dessine clairement une biologisation généralisée des discours et des pratiques politiques, policières et judiciaires. La pratique du droit est conçue, dès l'origine, comme une guerre contre les ennemis biologiques de l'Allemagne. Les juges font figure de combattants du front intérieur, disposant d'un panel d'armes juridiques redoutables : mesures préventives, *ante delictum*, mesures de sûreté illimitées après la peine, extension de la sanction à la famille du criminel... La problématique de défense de l'État allemand contre ses ennemis ne se limite pas

à la période nazie, elle est récurrente et dépasse le strict cadre des régimes autoritaires. L'analyse comparative de lois pénales destinées à protéger l'état démocratique sous la République de Weimar et la République Fédérale, proposée par **Nathalie Le Bouëdec**, est particulièrement éclairante⁶. L'étude des discours politiques œuvrant à la désignation, à l'identification de l'ennemi au cours de ces périodes atteste de la permanence de la problématique des mesures pénales contre l'ennemi et de la justification d'une législation pénale politique, d'urgence et d'exception, pour défendre l'État. Alors même que l'angle de la recherche est très différent, cette idée de l'identification nécessaire de l'ennemi dans le discours politique est très présente également dans la critique des penseurs, écrivains, philosophes qui, par leurs écrits, contestent ou remettent en cause le système judiciaire. Ils apparaissent alors comme l'ennemi des régimes essentiellement autoritaires. Ainsi, **Pascale Pellerin** démontre que sous Vichy, Voltaire, Diderot, mais surtout Rousseau font figure d'ennemis de la France, responsables de la défaite et de l'occupation allemande : l'*Action française* n'a pas de mots assez durs à l'encontre, de Rousseau, qui par ses origines et son influence sur la philosophie allemande serait l'inspirateur du totalitarisme nazi⁷. Véritable bouc émissaire, il incarne, selon ses détracteurs, « *le judéo-bolchevisme* », destructeur de tout ordre social hiérarchique.

Ces contributions permettent d'éclairer la technique juridique et nous aident à découvrir dans le droit, tant national qu'international, la présence de l'ennemi ou d'un droit pénal de l'ennemi (Partie II).

La tâche n'est pas pour autant aisée. La principale

4 D. Linhardt, C. Moreau de Bellain, *La doctrine du « droit pénal de l'ennemi »* Linéaments d'une approche sociologique, p.

5 J. Chapoutot, *Droit pénal et éradication de l'ennemi : le cas du III^e Reich*, p.

6 N. Le Bouëdec, *Défendre la démocratie contre des ennemis : légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale*, p.

7 P. Pellerin, *L'écrivain des Lumières comme figure de l'ennemi dans la France de Vichy*, p.

difficulté consiste à identifier dans le droit pénal français le droit pénal de l'ennemi qui ne dit pas son nom : l'anticipation sur l'*iter criminis* constitue, on va y revenir, un élément caractéristique du droit pénal de l'ennemi. Toutefois, ce n'est pas suffisant pour déceler dans toute forme d'anticipation la consécration d'un droit pénal de l'ennemi, tout comme il ne suffit pas de relever un régime procédural d'exception pour découvrir un tel droit. Il faut et **Olivier Cahn** le relève avec force, davantage d'ingrédients⁸. Il faut y associer l'ambition du législateur de stigmatiser une catégorie d'individus à raison de ce qu'ils sont, de la forme de délinquance qu'ils pratiquent ou de ce qu'ils pensent. Ce droit pénal de l'ennemi est consacré dans la loi, il peut être également constaté dans la pratique, de façon constante dans l'histoire, et quels que soient les régimes politiques ou les changements de majorité. Le droit pénal de l'ennemi favoriserait la création d'un État d'exception permanent et constituerait une expression scientifique de la globalisation de la sécurité. Techniquement et selon la démonstration de **Jason Corroyer**, l'anticipation constituerait donc un élément caractéristique du droit pénal de l'ennemi⁹. Il est dès lors impératif de distinguer les hypothèses d'anticipation relevant du droit pénal classique du droit pénal de l'ennemi. Les techniques connues d'anticipation du résultat (tentative, infraction formelle) laisseraient la place de façon insidieuse à une anticipation du comportement, se traduisant concrètement par un degré d'anticipation supérieur, notamment illustré par les dispositions les plus récentes en matière de terrorisme et par un durcissement significatif du régime punitif. Le droit pénal basculerait ainsi d'un droit pénal du comportement à un droit pénal de l'auteur. Cette évolution serait encore plus nette, si l'on envisage les mesures anticipatrices qui visent la

neutralisation ou la surveillance et dont le fondement est la dangerosité.

Sur le plan international, la problématique est quelque peu différente des questionnements du droit interne. À la question, déjà posée par le passé : le droit pénal international est-il un droit pénal de l'ennemi ? **Damien Scalia** apporte une réponse renouvelée qui repense le droit international comme un droit pénal contre l'ennemi¹⁰. Le droit international pénal se situerait à mi-chemin entre le droit pénal classique et le droit pénal de l'ennemi, en conférant le plus souvent la faculté au vainqueur de juger le vaincu, sans assurer le respect scrupuleux des principes fondamentaux du droit pénal (principe de proportionnalité, de légalité, de subsidiarité). Il participerait encore à l'élargissement des notions d'imputabilité et de responsabilité, en punissant, au moins implicitement, les condamnés pour ce qu'ils sont ou en ayant recours à la notion d'entreprise criminelle commune pour étendre le champ répressif.

L'ennemi a été approché, sa présence a été détectée tant en droit interne qu'international, il doit encore être, d'un point de vue plus conceptuel, construit, puis déconstruit (III^e partie).

La construction de l'ennemi débute, dans cet ouvrage, par une étude consacrée au récidiviste tel que la loi du 27 mai 1885 sur la relégation l'a conçu¹¹. Certes, la loi est ancienne, mais le propos de **Martine Kaluszynski** est à maints égards très contemporain. La récidive devient une obsession des gouvernants sous la troisième République : le criminel, mais plus encore le récidiviste, fait figure d'homme ingouvernable par excellence, mettant en échec les fonctions assignées à la justice pénale. La récidive est donc clairement une menace

8 O. Cahn, *Droit pénal de l'ennemi-Pour prolonger la discussion*, p.

9 J. Corroyer, *Droit pénal de l'ennemi et anticipation*, p.

10 D. Scalia, *Droit international pénal : un droit pénal contre l'ennemi*, p.

11 M. Kaluszynski, *Menace ou ennemi ? Le récidiviste au cœur de l'édifice pénal républicain. La loi du 27 mai 1885 ou la pérennité d'un débat entre savoir, politique et opinion publique*, p.

pour la société, qui réagit en fabriquant une catégorie. Le récidiviste – souvent personnifié par le vagabond, le mendiant – devient un véritable objet de savoirs, un centre d'intérêt majeur pour les statistiques judiciaires, la criminologie, la science pénitentiaire, terreau propice à l'adoption d'une législation répressive lançant un vrai changement de cap, d'une actualité étonnante : l'individu identifié et catalogué dangereux, incorrigible, doit être exclu de la société. Or, l'emprisonnement sur le territoire métropolitain n'y suffisant pas, il doit être transporté, si nécessaire à vie, en Guyanne ou en Nouvelle-Calédonie. Pourtant, ce mouvement répressif initié par la loi du 27 mai 1885 n'est pas aussi limpide : comment le concilier avec les lois Bérenger¹², d'inspiration nettement plus préventive ? Cette apparente contradiction est toujours à l'œuvre aujourd'hui, dans les tentatives plus modernes d'éradication de la récidive qui s'accompagnent, en outre, d'un regain d'intérêt pour l'anthropologie criminelle revisitée par les recherches cognitivo-comportementales, les neurosciences, ou encore la génétique. Cet attrait renouvelé pour l'approche biologique du crime interroge et, pour mieux en comprendre la teneur, **Yves Cartuyvels** ne quitte pas le XIX^e siècle au cours duquel le projet pénal moderne a montré ses limites, dans son incapacité à endiguer cet accroissement de la récidive¹³. L'émergence de l'individu dangereux va de pair avec la progression d'un projet de défense sociale oscillant entre soin et contrôle, protection du délinquant contre lui-même et défense de la société contre le crime. Toutes les conditions étaient alors réunies pour que la « science du criminel » émerge : la biologisation du crime, répondant à des priorités prophylactiques, pouvait prospérer. Fondé sur une approche déterministe, le discours scientifique,

prétendument neutre, peut alors irriguer le débat, aux confins duquel le droit est relégué, pour identifier des catégories de déviants, présentant un danger pour l'État et son mode d'organisation, mais aussi pour les citoyens. Dans cette perspective, les mesures d'élimination du corps social deviennent alors objectivement justifiées, elles s'imposent même, rationnellement, avec force. Le débat est quelque peu différent aujourd'hui : les scientifiques paraissent plus prudents qu'hier s'agissant du rôle que les neurosciences, par exemple, pourraient jouer.

Dans la construction de l'ennemi, un autre élément joue et qui n'a pas encore été évoqué : le rôle des médias et la tentation du populisme pénal. La construction médiatique de l'*Apache* au début du XX^e siècle, dépeinte par **Dominique Messineo**, prolonge, presque naturellement, sous le prisme d'un exemple concret, les réflexions amorcées avec la loi du 27 mai 1885, relatives au danger social du vagabondage, de la « jeunesse irrégulière », mais encore fait écho aux mesures prophylactiques qui s'imposeraient sous couvert d'une biologisation du crime, déjà décrite, tant dans la vie civile que dans les structures militaires qui servent de révélateur de la dégénérescence¹⁴. La construction médiatique, scientifique, juridique de l'*apache* résume, avec la force de l'évidence, les enjeux du débat qui nous anime toujours aujourd'hui. Elle montre ainsi le paradoxe d'un droit pénal d'exception, tantôt précurseur d'un système protectionniste pour les mineurs, tantôt révélateur d'une frénésie sécuritaire propice à la catégorisation de l'ennemi, traduisant ainsi l'ambivalence du projet de défense sociale.

Le droit pénitentiaire peut également illustrer la figure de l'ennemi dont l'ambiguïté peut s'expliquer par les relations qu'elle entretient avec d'autres figures du

12 Notamment, la loi du 14 août 1885, sur les moyens de prévenir la récidive (libération conditionnelle, patronage, réhabilitation).

13 Y. Cartuyvels, *La biologisation du crime à la fin du XIX^e siècle : quelques enjeux et limites*, p.

14 D. Messineo, *Faut-il (vraiment) fouetter les apaches ? Les errements de la répression de la jeunesse marginale à la charnière du XX^e siècle*, p.

condamné – détenu – (citoyen, menace et usager). Selon **Olivier Razac**, il se dessine un double jeu d'opposition entre ces différentes figures « pénales » : une opposition politique entre l'ennemi et le citoyen et une opposition « biopolitique » entre la menace et l'usager¹⁵. Cette approche conceptuelle permet de comprendre que le croisement de ces deux axes de représentation ouvre un espace, permettant de mesurer l'ambiguïté de la loi pénale – de la peine – et par voie de conséquence de cerner les difficultés pratiques de traitement des détenus, notamment dans leurs relations avec le personnel pénitentiaire. L'exemple concret de la prise en charge des détenus âgés révèle, de façon très éclairante, cette ambiguïté.

Utile pour construire l'ennemi, la philosophie est également indispensable pour le déconstruire. Elle nous démontre, une fois encore, les limites des raisonnements juridiques, prompts à l'élaboration de catégories. L'approche philosophique est, il faut l'avouer, déroutante pour le juriste : les mots ne semblent pas avoir le même sens. Ainsi, d'emblée, **Kevin Ladd** nous révèle que l'opposition ennemi / criminel pose problème : l'hostilité naturelle ne permettrait pas, par déduction, de les distinguer¹⁶. La désignation de l'ennemi impliquerait dès lors nécessairement un jugement, qui ne peut être que celui de l'État, de ses sujets obéissants. Une fois la menace identifiée, l'État riposte par des lois d'exception. Mais l'intérêt de l'analyse philosophique ne se limite pas à ce constat, elle permet de révéler le processus qui conduit à cette identification de la menace, à cette exclusion de l'ennemi. Elle nous permet de nous assurer de la cohérence de ce processus et d'éviter d'étendre à l'excès la catégorie d'ennemi. À cette fin, le juriste doit

dépasser ses réflexes disciplinaires, en usant des clés – philosophiques – nécessaires pour éviter la confusion entre risque, menace et danger, pour admettre, avec **Laurent Chapuis**, que le droit pénal de l'ennemi est un objet difficile à cerner, parce que l'ennemi émergerait de l'irréductibilité du politique au juridique¹⁷. L'hostilité analysée comme une catégorie politique et non juridique, permet de dépasser la conception interne du droit pénal de l'ennemi, qui n'émergerait qu'à la faveur de certaines tensions sur l'étatité et sur la souveraineté. L'histoire participe également à la déconstruction, en vérifiant la véracité des généalogies et permettant de contester les origines du droit pénal de l'ennemi, en remettant en question des thèses plus ou moins récentes. **Laurent Reverso** s'inscrit clairement dans cette démarche¹⁸. Selon cet auteur, la notion du droit romain archaïque de l'*homo sacer* ne préfigure pas nécessairement les idées de souveraineté, d'état d'exception et de domination, et les liens qui en ont été tissés avec le droit pénal de l'ennemi. Il semblerait même qu'à Rome, l'état d'exception ne justifie pas le traitement inhumain de l'ennemi, fut-il barbare. Enfin, une étude de théorie du droit complétant et rejoignant, parfois, les contributions philosophiques précédentes parachève cette tâche de déconstruction. **Diane Bernard** démontre que le concept « d'état de droit » ne peut inclure celui de « droit pénal de l'ennemi », au risque de perdre son propre sens¹⁹. De plus, le droit pénal de l'ennemi, selon la théorie élaborée par Günther Jakobs, s'écarterait encore un peu plus de la catégorie du droit pénal en se fondant davantage sur la dérogation que sur l'exception. L'utilisation des termes « droit pénal de l'ennemi » aurait donc pour conséquence – pour objectif – de brouiller les catégories aux fins de légitimation

15 O. Razac, *L'application des peines entre ennemi, citoyen, menace et usager*, p.

16 K. Ladd, *Répondre à la menace par la menace ? La législation pénale dans les labyrinthes de l'hostilité*, p.

17 L. Chapuis, *Hostilité et souveraineté : entre politique et droit*, p.

18 L. Reverso, *La notion d'homo sacer est-elle à l'origine du droit pénal de l'ennemi*, p.

19 D. Bernard, *Du bon choix des catégories en (théorie du) droit. Le contre-exemple du « droit pénal de l'ennemi »*, p.

du discours, ce qui questionne, plus généralement, la responsabilité du théoricien.

Le programme de la publication est dense, son approche pluridisciplinaire peut paraître, de prime abord, déroutante. Pourtant, alors même que les méthodes sont différentes, que les mots n'ont pas toujours le même sens, que l'extrême diversité des approches et des exemples choisis pourrait préfigurer un patchwork plus ou moins digeste, le lecteur pourra, à n'en pas douter, découvrir ou re-découvrir les passerelles, les points de connexion et au final la cohérence entre toutes ses contributions, entre ces savoirs distincts, qui nous permettent de mieux comprendre la thématique « *Droit pénal et politique de l'ennemi* ».