



**HAL**  
open science

## Lutte contre le terrorisme et “ droit pénal de l’ennemi ”

Dominique Linhardt, Cédric Moreau de Bellaing

### ► To cite this version:

Dominique Linhardt, Cédric Moreau de Bellaing. Lutte contre le terrorisme et “ droit pénal de l’ennemi ”. Thomas Clay; Bénédicte Fauvarque-Cosson; Florence Renucci; Sandrine Zientara-Logeay. États généraux de la recherche sur le droit et la justice. Actes du colloque tenu sous l’égide du ministère de la Justice et du ministère de l’Enseignement supérieur et de la Recherche, du 30 janvier au 2 février 2017, à Paris, Lexis Nexis, pp.607-615, 2018, 978-2-7110-2901-3. hal-02431765

**HAL Id: hal-02431765**

**<https://hal.science/hal-02431765>**

Submitted on 1 Dec 2021

**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.

# LUTTE CONTRE LE TERRORISME ET « DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI »

Dominique Linhardt et Cédric Moreau de Bellaing

La question de la dangerosité a pris au cours des dernières décennies une importance considérable dans le domaine pénal, au point de constituer un facteur de reconfiguration majeur des pratiques policières, judiciaires et d'exécution des peines. Que l'on pense simplement aux enjeux soulevés par la récidive et les mesures de sûreté ou encore au développement des méthodes prédictives, ces enjeux étant particulièrement sensibles dans le cas de menaces criminelles telles que les agressions sexuelles et le terrorisme. Au regard de cette évolution, il n'est guère étonnant que, concomitamment, la dangerosité soit également devenue un objet d'interrogation et d'élaboration dans les sciences juridiques et les discussions doctrinales. C'est cette dernière entrée que nous avons choisi d'emprunter en nous intéressant au développement de la doctrine dite « du droit pénal de l'ennemi », celle-ci constituant sans doute l'entreprise la plus systématique de fonder en théorie un « droit pénal de la dangerosité »<sup>1</sup>.

Il convient de souligner que la démarche que nous avons mise en œuvre est sociologique. Elle ne saurait donc être « internaliste », au sens que l'histoire des sciences a donné à ce terme, et procéder à une analyse critique de l'axiomatique de la doctrine du droit pénal de l'ennemi. Plutôt que d'évaluer sa cohérence et sa pertinence, notre objectif est d'interroger sa signification sociale, ce qui nécessite de la considérer dans la pluralité de ses contextes de conception, de controverse et d'usage. C'est la raison pour laquelle nous avons privilégié une démarche diachronique visant à reconstituer les différentes étapes de son développement. Formulée pour la première fois en Allemagne de l'Ouest dans les années 1980, la doctrine a poursuivi sa carrière dans les années 1990 dans le monde hispanophone, en Espagne et dans plusieurs pays d'Amérique latine, puis, dans le contexte inauguré par les attentats du 11 septembre 2001, en Amérique du Nord, avant de revenir, vers le milieu des années 2000, en Europe. Or, dans chacun de ces contextes, elle a été rattachée à des enjeux spécifiques et mobilisée suivant des modalités à chaque fois différentes – si bien que c'est son contenu lui-même qui s'est progressivement modifié.

Dans le but de résumer certaines des conclusions auxquelles notre enquête nous a conduits<sup>2</sup>, nous présenterons dans un premier temps à grands traits les phases successives d'élaboration de la doctrine du droit pénal de l'ennemi (Section 1). Dans un deuxième temps, nous

---

1. G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi* : *Rev. sc. crim.* 2010, n° 1, p. 69-78.

2. Le lecteur désirant connaître de plus amples détails pourra se référer à D. Linhardt et C. Moreau de Bellaing, *La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme. Genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique* : *Dr. et société* 2017, n° 97, p. 615-640.

nous attacherons plus spécifiquement à une analyse de la période actuelle dans laquelle dominant, du moins en Europe, les usages critiques d'une doctrine devenue le miroir des inquiétudes soulevées par l'orientation prise depuis une quinzaine d'années par les politiques de lutte contre le terrorisme (Section 2). Nous concluons notre raisonnement en énonçant quelques enseignements que nous tirons de cette tentative d'appliquer les principes de la sociologie de la connaissance aux savoirs de dogmatique juridique et en esquissant une réflexion sur les conditions d'un renouvellement de l'interdisciplinarité entre sciences juridiques et sciences sociales en cette matière.

### La doctrine du droit pénal de l'ennemi : un aller-retour entre l'Europe et les Amériques

La doctrine du droit pénal de l'ennemi trouve son origine dans une proposition que Günther Jakobs, alors professeur de droit pénal et de philosophie du droit à l'Université de Bonn, a formulée en 1985 à l'occasion de la conférence annuelle des enseignants de droit pénal allemands<sup>3</sup>. Portant son regard sur un ensemble de dispositions contenues dans le Code pénal et le Code de procédure pénale ouest-allemands, dont la plupart ont joué un rôle dans l'histoire récente du traitement pénal du terrorisme<sup>4</sup>, l'universitaire observe que le droit criminel de la République fédérale comporte des règles obéissant à des déterminations si différentes qu'il serait souhaitable, au bénéfice de la clarté, de les distinguer nettement. Les unes seraient fondées sur le principe de culpabilité et seraient, à ce titre, conformes à l'acception d'un droit pénal visant à sanctionner des faits accomplis, constitutifs de manifestations matérielles, extérieures et publiques. Tandis que les autres mettraient en jeu, dans le fonctionnement de la justice pénale, un principe de dangerosité qui, relève le juriste, est radicalement hétérogène à la conception de la liberté et de la responsabilité individuelles promue dans la théorie pénale dominante.

Cette observation s'appuie sur le constat du développement, dans les règles pénales, d'une logique de l'anticipation. Cette logique, que G. Jakobs voit à l'œuvre dans des proportions toujours grandissantes, aurait pour principe la criminalisation de comportements appartenant à ce qu'il nomme la « sphère bourgeoise interne (*interne bürgerliche Sphäre*)<sup>5</sup> », soit le plus souvent la simple expression, plus ou moins directe et explicite, d'intentions qui, comme telles, n'ont aucune conséquence matérielle. C'est ce seul constat qui l'amène à conclure que les sujets auxquels s'appliquent ces mesures ne sont pas traités comme des « citoyens », mais comme des « ennemis » : car, selon lui, leurs comportements seraient nécessairement envisagés sous l'angle du danger qu'ils constituent pour l'ordre social, et le droit pénal, en ce cas, ne servirait plus alors à juger des individus en justice, mais à parer une menace. Cela justifierait, lorsque les circonstances l'exigent, que leur soient retirées les garanties procédurales ordinairement offertes aux justiciables : pour empêcher que leurs intentions hostiles ne se réalisent, ils sont susceptibles d'être livrés à des mesures proactives, quitte à empiéter sur leurs droits.

---

3. V. G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1985, vol. 97, n° 4, p. 751-785.

4. Rappelons que la République fédérale d'Allemagne a été confrontée dans les années 1970 et 1980 à un ensemble d'organisations dites de « guérilla urbaine (*Stadtguerilla*) », le groupe *Rote Armee Fraktion* – ou *Baader-Meinhof-Gruppe* – étant le plus connu et le plus durable.

5. C'est-à-dire la vie privée et intime des personnes.

Il importe de noter que cette première formulation de la doctrine engage une conception singulière de l'ennemi. La notion n'a, chez G. Jakobs, aucune connotation militaire ou partisane. L'ennemi a les traits d'un citoyen déloyal qui, embusqué dans les espaces privés dont le droit garantit habituellement l'inviolabilité, rompt avec la commune appartenance à la société politique. Cette définition de l'ennemi peut étonner eu égard à l'arrière-plan que fournit à sa réflexion le terrorisme qui a ébranlé l'Allemagne de l'Ouest pendant la « décennie rouge ». En réalité, le point de vue de G. Jakobs converge remarquablement avec la perception dominante d'un conflit qui n'est jamais apparu comme trouvant son plan de résolution dans un rapport de force armée, mais bien plutôt comme une épreuve collective dont l'enjeu était l'adhésion à la société allemande, alors que pesait sur elle le soupçon de n'avoir pas consommé la rupture avec son passé et de perpétuer, sous les apparences de l'État démocratique et libéral, une forme hypocrite de « fascisme<sup>6</sup> ».

Cette concordance de l'analyse du professeur de droit avec les sentiments communément éprouvés à l'égard du conflit avec les groupes armés révolutionnaires se retrouve également sur un autre plan. Car, si cette confrontation a pour enjeu la « vérité » de la société allemande, l'État se devait de réagir d'une façon conforme à l'idée du *Rechtsstaat*. Or il est un fait que ses représentants n'ont pas toujours satisfait à cet idéal, si bien qu'ils ont eu à faire face à la montée d'une vague de critiques, portée par des mouvements de défense des droits de l'homme et des libertés publiques, associant au demeurant de nombreux juristes professionnels et universitaires, leur reprochant leur surréaction face au terrorisme. Or cette critique a notamment porté sur la tendance de l'appareil de sécurité et de protection de l'État à vouloir devancer l'actualisation effective d'une menace. Il n'est dès lors pas indifférent que G. Jakobs ait choisi de mettre en avant cette même idée d'une *Vorverlagerung* – d'une « disposition à l'anticipation » – de l'intervention pénale. Cela explique aussi la réception, plutôt positive, de sa communication : elle a été comprise comme une contribution utile au diagnostic critique qu'il convenait de porter sur des évolutions pénales.

Cette perception de la doctrine promue par G. Jakobs change brutalement plus d'une décennie plus tard. Revenant sur sa thèse à la fin des années 1990, il affirme en effet clairement que le droit pénal de l'ennemi répond à ses yeux à une nécessité<sup>7</sup>. La plupart des commentateurs voient l'origine du scandale qui a saisi les milieux juridiques allemands dans ce basculement d'une position descriptive à une position normative<sup>8</sup>. Mais ils sous-estiment le plus sou-

---

6. Sur cette question, V. D. Linhardt, *Des armes qui parlent et des mots qui tuent. La violence d'un conflit public*, in D. Cefai et C. Terzi (ss dir.), *L'expérience des problèmes publics. Perspectives pragmatistes*, Paris, éd. de l'EHESS, 2012, p. 351-380.

7. Considérant que le nombre des ennemis aura à l'avenir plutôt tendance à croître qu'à diminuer, il estimait en effet qu'« une société consciente des risques ne peut pas simplement mettre de côté cette problématique ; elle ne peut pas non plus résoudre cette problématique avec des moyens exclusivement policiers. C'est la raison pour laquelle il n'y a pas aujourd'hui d'alternative évidente au droit pénal de l'ennemi. » G. Jakobs, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. Eser, W. Hassemer et B. Burkhardt (ss dir.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende : Rückbesinnung und Ausblick. Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, Munich, C. H. Beck, 2000, p. 53.

8. T. Hörnle, *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs « Feindstrafrecht » : Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2006, vol. 153, n° 2, p. 80-95.

vent qu'à cette date, la conception que G. Jakobs se fait du droit pénal de l'ennemi n'est déjà plus la même que quinze ans plus tôt. Pour comprendre ce changement, il est nécessaire de considérer la réception que la doctrine a successivement reçue d'abord dans le monde hispanophone, spécialement dans certains pays d'Amérique latine comme la Colombie et le Mexique, puis en Amérique du Nord, dans le contexte inauguré par la « guerre à la terreur (*war on terror*) ».

Il existe une appétence forte, historiquement constituée, des pénalistes de langue espagnole pour le travail des pénalistes allemands. Servis par cet intérêt des milieux universitaires hispanophones, les travaux de G. Jakobs ont été lus et traduits en espagnol dès la fin des années 1980. Tout au long des années 1990, le juriste a été régulièrement reçu en Espagne et en Amérique du Sud. Ces échanges scientifiques ont été renforcés par l'engouement pour la doctrine du droit pénal de l'ennemi et plus particulièrement pour la manière dont G. Jakobs interprète les dispositions antiterroristes. Car le monde ibérique et ibéro-américain était, à ce moment-là, touché de plein fouet par le terrorisme : c'était le cas de l'Espagne, avec le séparatisme violent du groupe *Euskadi ta Askatasuna* (ETA) ; c'était également le cas dans plusieurs pays d'Amérique latine confrontés à la violence exercée par des groupes politiques et/ou criminels (la frontière pouvant souvent se montrer incertaine).

Toutefois, il est important de noter que ces terrorismes ne sont pas de même nature que celui que l'Allemagne a connu. Et les réponses que les États lui ont apportées ne sont pas non plus comparables à celles de l'État ouest-allemand. Il faut en particulier remarquer que si, comme l'affirme G. Jakobs, les dispositions qui relèvent du droit pénal de l'ennemi sont le signe d'un « déficit de pacification (*Befriedungsdefizit*) », celui-ci est, dans le cas allemand, d'ampleur limitée, comparativement aux cas espagnol, colombien ou mexicain. En Espagne, le terrorisme a été le fait d'une organisation nationaliste incomparablement plus nombreuse et mieux organisée que les groupes armés allemands, et leurs victimes se comptent par centaines<sup>9</sup>. C'est encore plus manifeste dans le contexte latino-américain où le terrorisme est le fait de puissantes organisations de guérilla et d'imposants cartels de narcotrafiquants, contrôlant souvent des territoires entiers et capables d'affronter militairement les États d'égal à égal. Le « déficit de pacification » est donc dans ces contextes sans commune mesure avec ce qu'il est possible d'observer dans n'importe quel État européen. Dans une telle situation, affirme Alvarado Reyes, la question du droit pénal de l'ennemi se pose différemment, car l'alternative est moins la pleine réalisation de l'État de droit, que le recul, peut-être la disparition de l'État lui-même<sup>10</sup>.

Ce que révèlent ces situations qui se caractérisent par un niveau de violence si élevé que les institutions de l'État ne parviennent pas à assumer leur fonction pacificatrice, c'est que la figure du citoyen déloyal initialement avancée par G. Jakobs perd sa pertinence. En raison de ce constat, la doctrine du droit pénal de l'ennemi a intégré une autre figure de l'ennemi, englobant

---

9. Le terrorisme allemand a fait sur une période de plus de vingt ans, en tout et pour tout, quarante-six victimes, dont seize membres des groupes armés. Sur une période comparable, le nombre de victimes de l'ETA est vingt fois supérieur, le bilan s'établissant en Espagne à 829 morts.

10. A. Y. Reyes, *Normativismo y derecho penal del enemigo*, in M. Cancio Meliá et C. Gomez-Jara Díez (ss dir.), *Derecho penal del enemigo – El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, p. 781-808.

le guérillero et le milicien aussi bien que le paramilitaire et le narcotrafiquant. À cela s'ajoute qu'elle a en partie changé de statut : elle n'est plus seulement un objet d'intérêt scientifique, mais devient une ressource de légitimation pour des acteurs politiques et administratifs désireux de justifier des actions dont la conformité aux principes de l'État de droit compte moins que l'efficacité du combat contre des organisations qui menacent immédiatement l'existence de l'État. C'est devant cet arrière-plan qu'il convient de comprendre la manière dont G. Jakobs revient à la charge en 1999 : la pertinence de la doctrine pénale de l'ennemi s'étend donc désormais à des situations où des groupes armés appellent des formes d'intervention au format militaire.

Peu après, un nouveau contexte vient provoquer un déplacement supplémentaire de la doctrine. Ce contexte est inauguré par les attentats du 11 septembre 2001. Les moyens engagés par les États-Unis et par d'autres États dans la lutte contre le terrorisme deviennent rapidement pour les usagers de la doctrine, à commencer par G. Jakobs lui-même<sup>11</sup>, des objets d'intérêt privilégiés<sup>12</sup>. Les effets que cette situation a exercés sur la doctrine du droit pénal de l'ennemi sont spectaculaires. Il convient de considérer qu'elle se voit désormais appliquée à des mesures qui ne relèvent pas seulement du droit interne des États, mais également du droit international, tant est si bien que se dessine alors la figure inattendue d'un droit pénal qui serait tourné vers l'extérieur et porté non pas par des institutions policières et judiciaires, mais par les instruments de l'action extérieure, au premier chef l'armée et les services secrets. En s'emplant à donner un sens juridique à des interventions armées à l'échelle internationale, ses promoteurs tendent ainsi à faire du droit pénal de l'ennemi une alternative au droit des conflits armés et au droit international humanitaire.

### La doctrine du droit pénal de l'ennemi et la critique de la raison antiterroriste

C'est ainsi, arrimée au sens qu'elle attribue aux instruments les plus controversés de la lutte menée depuis 2001 contre le terrorisme – de l'*extraordinary rendition* au camp de Guantánamo, du *Patriot Act* au *water-boarding*, de PRISM aux assassinats télécommandés –, que la doctrine du droit pénal a fait son retour en Europe. On comprend aisément que, placée au regard de la « guerre à la terreur », elle n'a pu que devenir une surface de projection des craintes inspirées par les nouveaux formats de l'antiterrorisme et que c'est essentiellement avec des intentions critiques que la doctrine du droit pénal de l'ennemi a été investie en Europe à partir de la seconde moitié des années 2000 (tandis que les avocats du droit pénal de l'ennemi, à l'exception de G. Jakobs et le cercle étroit de ses disciples, ont été amenés à se faire discrets).

Dans ce nouveau contexte, la doctrine est devenue l'objet de débats d'une ampleur inconnue avant cette date. Les contributions se comptent par centaines et elles échappent dorénavant aux seuls revues spécialisées et actes de colloque : des ouvrages sont consacrés à la doc-

---

11. G. Jakobs, *Terroristen als Personen im Recht ? : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2006, vol. 117, n° 4, p. 839-851.

12. C. Gómez-Jara Díez, *Enemy Combatants Versus Enemy Criminal Law : An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants : New Criminal Law Review* 2008, vol. 11, n° 4, p. 529-562.

trine du droit pénal de l'ennemi, des articles apparaissent dans les journaux grand public, des *blogs* lui sont dédiés ; de même, des organisations professionnelles de juristes ou bien encore des groupes de défense des droits de l'homme accaparent la question aux côtés des juristes universitaires<sup>13</sup> ; il arrive même que la doctrine du droit pénal de l'ennemi devienne une ressource mobilisée par des militants radicaux pour dénoncer les mesures qui les visent<sup>14</sup>.

L'élan critique qui anime ces développements prend deux orientations principales. La première porte le fer contre la doctrine du droit pénal de l'ennemi elle-même, en mettant en lumière ses inconsistances et ses contradictions, dans le but de faire surgir l'inspiration idéologique qui la sous-tend. Ces efforts convergent vers le constat que G. Jakobs et ses épigones ravivent une certaine tradition juridique antilibérale, spécifiquement allemande, exemplairement incarnée par la figure de Carl Schmitt. Dans sa forme la plus présentable, cette tradition, qui a continué à mener une vie secrète sous le régime de Bonn<sup>15</sup>, exprimerait l'inquiétude qu'une trop grande libéralité et l'attachement obsessionnel aux règles procédurales mettent en danger la justice « effective » ou « matérielle ». Sur son versant radical, elle vilipenderait l'État de droit et son impuissance à défendre la société contre les agissements de ceux qui, non seulement commettent des méfaits au détriment de certains de ses membres, mais visent à porter atteinte à la vie commune en tant que telle.

Cette généalogie conceptuelle est complétée par des démarches qui ont pour objet de rechercher dans l'histoire des formes légales qui préfigurent les types de mesures et de dispositifs que la doctrine du droit pénal de l'ennemi se propose de penser. Le point de référence historique le plus évident est naturellement le Troisième Reich. Mais les participants aux débats convoquent également d'autres précédents, plus ou moins inattendus, allant de la *Constitutio Criminalis Carolina* et de la répression de la sorcellerie aux débuts de la modernité<sup>16</sup> à certaines conceptions criminologiques apparues aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, notamment lorsqu'elles reconnaissent à la répression de la criminalité des fonctions de « défense sociale<sup>17</sup> ». Pris ensemble, ces regards posés sur la doctrine du droit pénal de l'ennemi amènent à la conclusion que celle-ci renvoie aux égarements les plus hasardeux de la pensée juridique en même temps qu'aux épisodes les plus noirs de l'histoire occidentale. Raison pour laquelle elle devrait être considérée, du point de vue de la science du droit, comme erronée, contrevenant non seulement aux exigences de la science juridique, mais également à l'esprit des institutions pénales modernes et

---

13. V., par ex., T. Uwer (ss dir.), « *Bitte bewahren Sie Ruhe* » : *Leben im Feindrechtsstaat*, Berlin, Strafverteidigervereinigungen, 2006. – G. Sullivan et B. Hayes, *Blacklisted : Targeted Sanctions, Preemptive Security and Fundamental Rights*, Berlin, European Center for Constitutional and Human Rights, 2010.

14. Comme ce fut le cas en France avec le « groupe de Tarnac ». V. C. Becker et al., *Antiterrorisme : on ne juge pas un ennemi, on le combat*, Libération.fr, 21 juill. 2014, disponible sur [http://www.liberation.fr/societe/2014/07/21/antiterrorisme-on-ne-juge-pas-un-ennemi-on-le-combat\\_1067810](http://www.liberation.fr/societe/2014/07/21/antiterrorisme-on-ne-juge-pas-un-ennemi-on-le-combat_1067810).

15. I. Müller, *Der Wert der materiellen Wahrheit : Leviathan* : *Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft* 1977, n° 4, p. 522-535.

16. G. Jerouschek, *Die Carolina – Antwort auf ein « Feindstrafrecht »?*, in E. Hilgendorf et J. Weitzel (ss dir.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung : Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*, Berlin, Duncker und Humblot (*Schriften zum Strafrecht*), 2007, p. 79-99.

17. J. Danet, *Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle* : *Rev. sc. crim.* 2010, n° 1, p. 49-67.

à la culture juridique, notamment professionnelle<sup>18</sup> : le droit pénal de l'ennemi ne pourrait donc ni être pensé ni être appliqué *en tant que droit*.

La seconde orientation prise par cet élan critique est complémentaire de la première. Elle vise moins la genèse et le contenu de la doctrine que les mesures et instruments dont elle traite, et qui seraient critiquables précisément parce qu'ils témoigneraient du fait que si le droit pénal de l'ennemi n'est pas un droit, il serait néanmoins *mis en œuvre*<sup>19</sup>. Ces entreprises critiques amènent l'analyse bien plus loin que le raisonnement analogique caractéristique de la réception de la doctrine du droit pénal de l'ennemi en Amérique du Nord. Portées par les efforts conjoints d'universitaires, de praticiens du droit et de militants des droits de l'homme, elles ne se focalisent pas exclusivement sur le cas des États-Unis et se tournent vers les enjeux de la lutte contre le terrorisme tels qu'ils se présentent dans le contexte européen ou bien encore vers les préconisations formulées en la matière par les institutions européennes ou d'autres organisations internationales (ONU, OTAN, OCDE, etc.). Et elles soumettent à un examen minutieux toute une série de dispositions, y compris lorsqu'elles prennent des formes qui n'ont rien de spectaculaire – du gel des avoirs de groupes terroristes à l'extension des prérogatives des juges en charge de la lutte contre le terrorisme, de la rétention de sûreté aux nouvelles pratiques de surveillance, de la prévention du terrorisme à sa « punitivité » –, pour mettre en lumière la logique générale qui les guide et que, dans ces démarches, la notion de droit pénal de l'ennemi permet de nommer et d'ordonner.

Ces deux orientations peuvent être analytiquement distinguées ; dans les faits, elles forment les deux jambes sur lesquelles avance une même entreprise critique. Elles concourent ainsi à traiter les instruments mis en œuvre dans la lutte contre le terrorisme comme des mauvaises mesures, potentiellement génératrices d'injustices graves, qui sont fondées sur de fausses justifications – celles que fournissent non seulement les zéloteurs du droit pénal de l'ennemi, mais aussi tous ceux qui en reprennent certains éléments et s'en inspirent sans même, parfois, en être conscients. L'objectif pratique de cette modalité critique est alors de réduire le droit pénal de l'ennemi, bien qu'il corresponde à des dispositions inscrites dans les textes, à un faux droit, un droit « non existant » comme il y a des « objets non existants », fruit d'une obstination dans l'erreur et dans l'idéologie – la place du légendaire « carré rond » étant dans cette perspective occupée par l'idée exorbitante d'un « État de droit arbitraire ».

L'aperçu que notre enquête nous a permis d'avoir de cette modalité, sans doute assez nouvelle, de la critique de l'État de droit, qui ne l'oppose plus à l'arbitraire, mais estime qu'il peut l'intégrer sans pour autant cesser d'être un État de droit, est l'un des résultats qu'on sera amené à approfondir dans la poursuite de notre travail. Il nous semble en effet que l'hypothèse peut être faite que cette figure critique, tout à fait indépendamment de la question du droit pénal de l'ennemi, soit en train de devenir prédominante, comme le montrent par exemple les débats

---

18. Arnd Koch montre ainsi que la fin de la « chasse aux sorcières » dans l'Empire germanique est non l'effet de modifications législatives, mais de la professionnalisation des juridictions. Il en tire la conclusion que le droit pénal de l'ennemi, s'il existait aujourd'hui, signifierait une régression du degré de professionnalisation des métiers du droit. A. Koch, *Wider ein Feindstrafrecht : juristische Kritik am Hexereiverfahren*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2012.

19. V. l'édifiante étude d'O. Cahn, « *Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre* ». *Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi* : *Arch. pol. crim.* 2016, n° 38, p. 89-121.



soulevés par l'état d'urgence et sa pérennisation. Il est également à prévoir qu'elle donnera lieu à des formes de mobilisation et de contestation inédites.

## Conclusion

Comme l'illustre cette dernière remarque, nous n'avons pas entrepris ce travail sur la doctrine du droit pénal de l'ennemi parce que nous estimions qu'elle a une importance particulière : quelle que soit la manière d'évaluer cette importance, il apparaît que cette entreprise intellectuelle n'a toujours été, dans chacun des contextes considérés, qu'une manifestation marginale et qu'elle n'a jamais eu de rôle autre que subsidiaire dans la détermination des situations dans lesquelles certains acteurs – le plus souvent des universitaires qui ne disposent que rarement d'un pouvoir d'intervention directe – ont pu y avoir recours. L'intérêt de cette doctrine réside ailleurs : dans le fait qu'elle rend manifeste une certaine orientation dans la perception et dans le traitement d'un ensemble de faits de violence dont le terrorisme est devenu, surtout depuis les années 2000, emblématique ; dans le fait, également, que les rapports différenciés que les acteurs – qu'ils soient juristes, hommes politiques, hauts fonctionnaires ou militants – entretiennent avec elle nous renseignent sur les attitudes que le problème du terrorisme et le problème de la lutte contre le terrorisme appellent dans nos sociétés.

Cette démarche nous a conduits, en sociologues, à engager un rapport particulier avec les savoirs de dogmatique juridique, à l'écart de toute volonté d'objectiver les intérêts sociaux de ses producteurs et de ses usagers (une démarche qui n'aurait pas été illégitime, mais qui n'aurait pas répondu aux objectifs que nous avons). En comparaison avec d'autres savoirs – croyances idéologiques, connaissances scientifiques, classements ordinaires, opérations logiques, savoirs profanes, catégories statistiques, etc. –, ces savoirs n'ont jusqu'à présent qu'étonnamment peu retenu l'intérêt des sociologues<sup>20</sup>. Il est possible de le comprendre si l'on considère leur caractère technique qui favorise le sentiment qu'ils sont très éloignés des savoirs sociologiques. Et pourtant, notre expérience nous a fait percevoir une forme de proximité qui justifie que les sociologues ne les ignorent pas, ou en tout cas renoncent à les réduire à de simples croyances. Cette proximité tient au fait que juristes et sociologues, bien qu'ils les abordent avec leurs démarches propres, sont souvent confrontés aux *mêmes* problèmes et enjeux – comme on le voit ici avec le terrorisme et l'antiterrorisme – et que c'est à propos de ces enjeux et problèmes *communs* qu'ils s'efforcent les uns comme les autres d'élaborer des savoirs. Cela ouvre la perspective d'une interdisciplinarité qui se situerait à *ce niveau-là*, celui de la constitution des connaissances sur des problèmes et des enjeux partagés. Sans qu'il soit possible d'anticiper sur des conditions concrètes d'une telle interdisciplinarité, qui ne peut s'éprouver qu'en actes, on peut estimer que cette orientation aurait pour vertu de rompre avec le réductionnisme croisé qui caractérise souvent les rapports entre sciences juridiques et sciences sociales.

---

20. Un tel intérêt n'était pourtant pas absent du renouveau de la sociologie de la connaissance dans les années 1970. V., par ex. E. Klaus, *Programm einer Wissenssoziologie der Jurisprudenz*, in N. Stehr et R. König (ss dir.), *Wissenschaftssoziologie : Studien und Materialien*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975, p. 100-121.