

Jurisprudence

Revue critique

Droit pénal et politique de l'ennemi

Nous proposons à nos lecteurs un numéro spécial consacré au droit pénal de l'ennemi. En 2012, *Jurisprudence - Revue critique* avait proposé un article consacré à la question. Son auteur, Jean-François Dreuille, en collaboration avec Jérôme Ferrand (université Pierre Mendès France, Grenoble) et Xavier Pin (université Jean Moulin, Lyon III), a organisé un colloque intitulé « Droit pénal et politique de l'ennemi » qui s'est tenu à Chambéry les 12 et 13 décembre 2013, avec le soutien du Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation (CDPPOC). Ce numéro contient les actes de ce colloque.

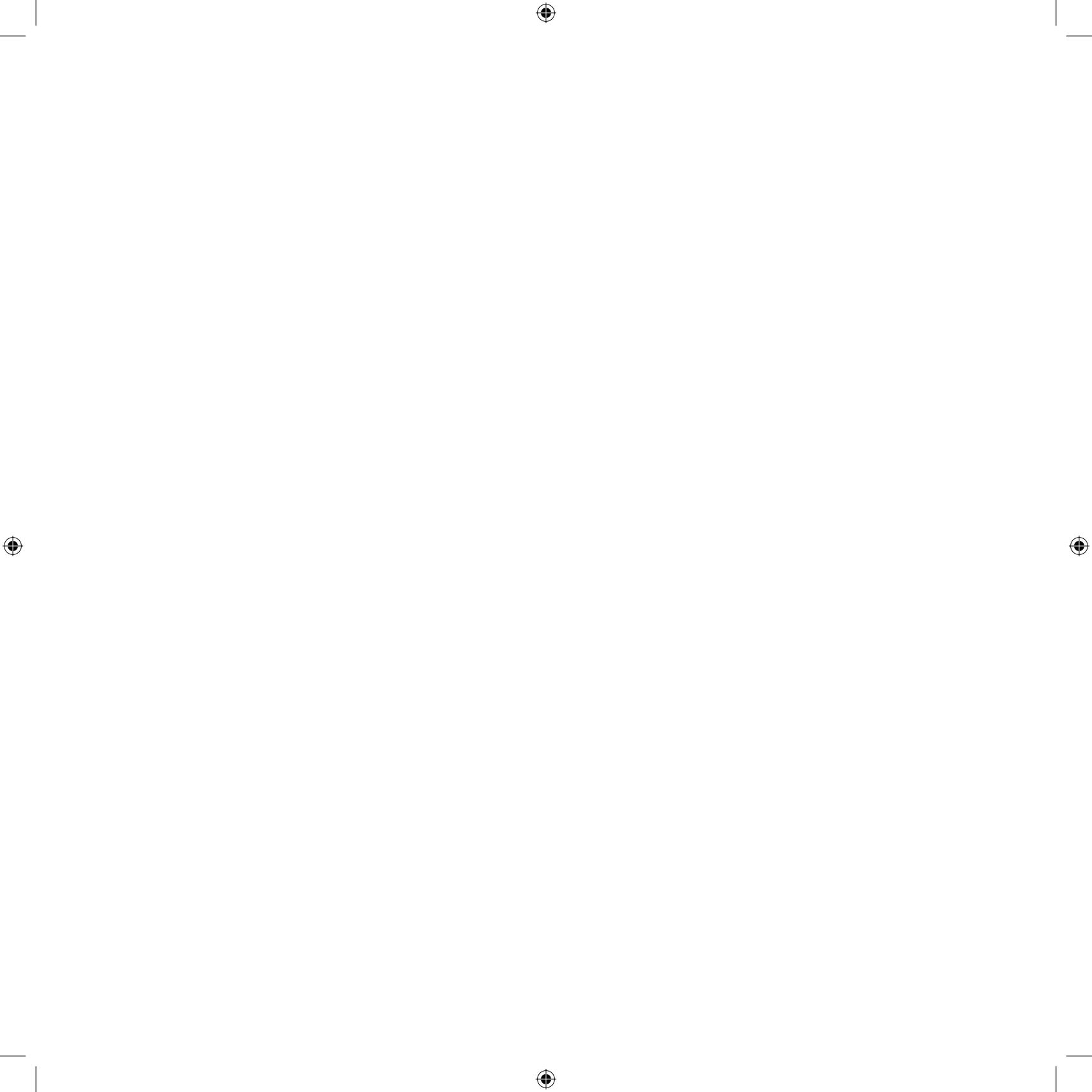
Les textes publiés offrent une analyse pluridisciplinaire du droit pénal de l'ennemi. Les linguistes, sociologues, historiens, philosophes et juristes qui ont répondu à l'appel à contribution croisent leur point de vue. Tout le champ conceptuel de ce modèle du droit pénal est traversé. Ce travail pluridisciplinaire est une invite à la réflexion critique. On entrevoit ainsi les concepts du droit pénal dans leur dimension idéologique. Ainsi analysé, le droit pénal de l'ennemi questionne les fondements du système pénal ; il questionne la constitution d'un savoir juridique. Voici, en somme, un travail qui « donne à penser ». Nous sommes heureux que les pages de *Jurisprudence - Revue critique* en soient l'intermédiaire.

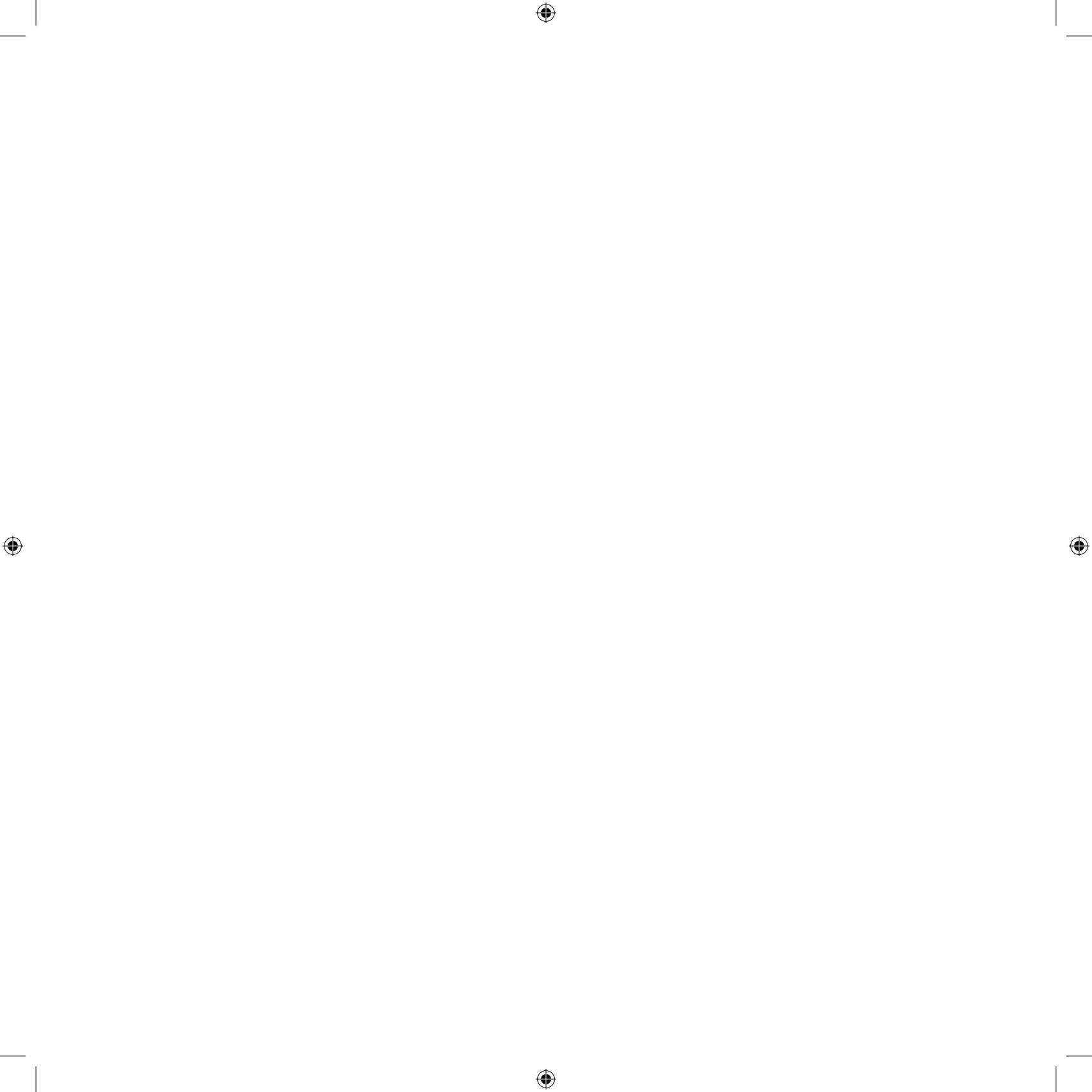
Jurisprudence - Revue critique

SOMMAIRE

<i>Propos introductif</i> Jean-François Dreuille	7
PARTIE 1	
APPROCHE DE L'ENNEMI	13
Approche linguistique.....	15
<i>Diaboliser autrui : étude linguistique des représentations langagières de l'ennemi, du Moyen Âge au journal de 20 heures</i> Dominique Lagorgette.....	17
Approche sociologique	33
<i>La doctrine du « droit pénal de l'ennemi ». Linéaments d'une approche sociologique</i> Dominique Linhardt et Cédric Moreau de Bellaing	35
Approche historique.....	51
<i>Droit pénal et éradication de l'ennemi : le cas du III^e Reich</i> Johann Chapoutot	53
<i>Défendre la démocratie contre ses ennemis : légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale</i> Nathalie Le Bouëdec.....	59
<i>L'écrivain des Lumières comme figure de l'ennemi dans la France de Vichy</i> Pascale Pellerin	81
PARTIE 2	
PRÉSENCE DE L'ENNEMI	101
Présence nationale.....	103
<i>Droit pénal de l'ennemi - Pour prolonger la discussion...</i> Olivier Cahn.....	105

<i>Droit pénal de l'ennemi et anticipation</i> Jason Corroyer	131
Présence internationale	145
<i>Droit international pénal: un droit pénal contre l'ennemi</i> Damien Scalia.....	147
PARTIE 3	
L'ENNEMI : CONSTRUCTION ET DÉCONSTRUCTION	159
Construction de l'ennemi	161
<i>La République sécuritaire</i> <i>Menace ou ennemi? Le récidiviste au cœur de l'édifice pénal républicain.</i> <i>La loi du 27 mai 1885 ou la pérennité d'un débat entre savoir, politique et opinion publique</i> Martine Kaluszynski.....	163
<i>La biologisation du crime à la fin du XIX^e siècle: quelques enjeux et limites</i> Yves Cartuyvels.....	189
<i>Faut-il (vraiment) fouetter les apaches?</i> <i>Les errements de la répression de la jeunesse marginale à la charnière du XX^e siècle</i> Dominique Messineo.....	205
<i>L'application des peines entre ennemi, citoyen, menace et usager</i> Olivier Razac	227
Déconstruction de l'ennemi	235
<i>Répondre à la menace par la menace?</i> <i>La législation pénale dans les labyrinthes de l'hostilité</i> Kevin Ladd.....	237
<i>Hostilité et souveraineté: entre politique et droit</i> Laurent Chapuis	261
<i>La notion d'HOMO SACER est-elle à l'origine du droit pénal de l'ennemi?</i> Laurent Reverso	285
<i>Du bon choix des catégories en (théorie du) droit.</i> <i>Le contre-exemple du « droit pénal de l'ennemi »</i> Diane Bernard	295





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), les 12 et 13 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

* Université Savoie Mont Blanc, Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation (CDPPOC) - EA 4143.

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. 17.

destruction de l'autre par la déshumanisation, voire la 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).

4 D. LINHARDT, C. MOREAU DE BELLAIN, *La doctrine du « droit pénal de l'ennemi » Linéaments d'une approche sociologique*, p. 35.

5 J. CHAPOUTOT, *Droit pénal et éradication de l'ennemi : le cas du III^e Reich*, p. 53.

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. 59.

7 P. PELLERIN, *L'écrivain des Lumières comme figure de l'ennemi dans la France de Vichy*, p. 81.

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

8 O. CAHN, *Droit pénal de l'ennemi-Pour prolonger la discussion*, p. 105.

9 J. CORROYER, *Droit pénal de l'ennemi et anticipation*, p. 131.

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

10 D. SCALIA, *Droit international pénal : un droit pénal contre l'ennemi*, p. 147.

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. 163.

justice pénale. La récidive est donc clairement une menace 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

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. 189.

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. 205.

les relations qu'elle entretient avec d'autres figures du 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 permettait 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 Verso** 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

15 O. RAZAC, *L'application des peines entre ennemi, citoyen, menace et usager*, p. 225.

16 K. LADD, *Répondre à la menace par la menace ? La législation pénale dans les labyrinthes de l'hostilité*, p. 237.

17 L. CHAPUIS, *Hostilité et souveraineté : entre politique et droit*, p. 261.

18 L. VERSO, *La notion d'homo sacer est-elle à l'origine du droit pénal de l'ennemi*, p. 285.

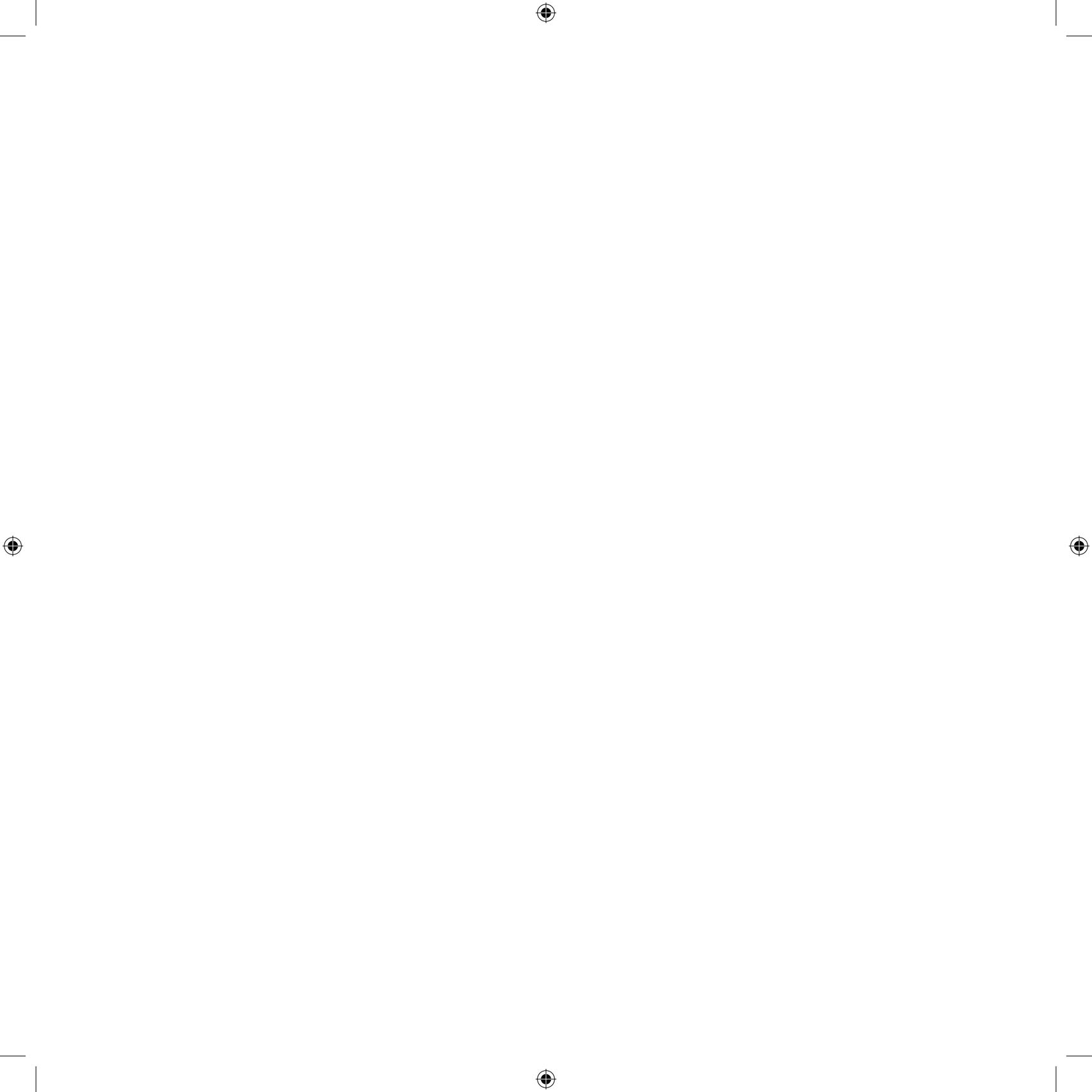
19 D. BERNARD, *Du bon choix des catégories en (théorie du) droit. Le contre-exemple du « droit pénal de l'ennemi »*, p. 295.

l'ennemi» aurait donc pour conséquence – pour objectif – de brouiller les catégories aux fins de légitimation du discours, ce qui questionne, plus généralement, la responsabilité du théoricien.

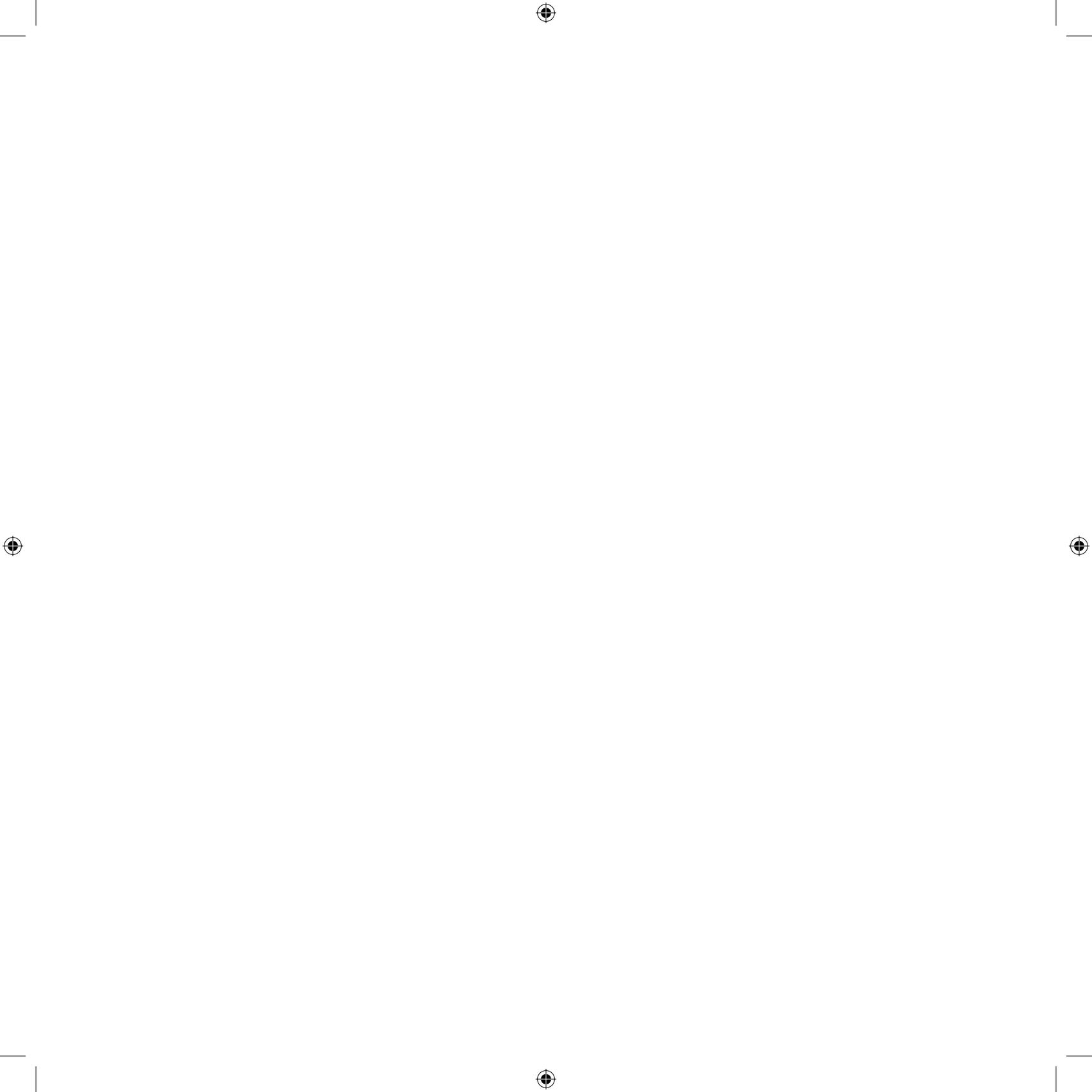
Le programme de la publication est dense, son approche pluridisciplinaire peut paraître, de prime abord, déroutante. Pourtant, alors même que les méthodes sont différentes, que les mots n'ont pas toujours le même sens, que l'extrême diversité des approches et des exemples choisis pourrait préfigurer 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*».

PARTIE 1

APPROCHE DE L'ENNEMI



APPROCHE LINGUISTIQUE



DIABOLISER AUTRUI :
ÉTUDE LINGUISTIQUE DES REPRÉSENTATIONS LANGAGIÈRES DE L'ENNEMI,
DU MOYEN ÂGE AU JOURNAL DE 20 HEURES

DOMINIQUE LAGORGETTE*

Penser l'ennemi, en particulier dans un contexte pénal, à partir des catégories médiévales peut de prime abord sembler étonnant, voire farfelu ou anachronique. Après des siècles de progrès, après les Lumières, après le positivisme, dirait le XIX^e siècle, après la séparation de l'Église et de l'État, après la laïcité, dirait le XX^e siècle, pourquoi retourner vers les méandres moyenâgeux pour comprendre le monde contemporain? Pourtant, nous verrons qu'en fait bon nombre des représentations actuelles, non seulement françaises mais plus généralement occidentales, semblent comporter certains traits en arrière-plan que ne renieraient nullement des auteurs du XI^e siècle. Le discours de propagande des chansons de geste consacrées à la guerre sainte, dont la plus célèbre, la *Chanson de Roland*, constitue à la fois le modèle et l'apogée, présente en effet des assimilations entre ennemi et créature diabolique dont la récente expression «diaboliser autrui» conserve d'explicités traces¹. Nous verrons que la métaphore qui

paraît en œuvre a des racines tout à fait concrètes dans l'imaginaire médiéval chrétien et que cette diabolisation est certainement à l'origine de tous les autres processus de métaphorisation encore courants lorsqu'il s'agit de décrire l'adversaire, plus encore lorsque des conflits mettant en jeu des oppositions religieuses ont lieu (mais pas uniquement). La comparaison de l'autre au diable, mais aussi à ses créatures, à des animaux, des substances, des objets – bref, du non humain, constitue l'un des procédés les plus rentables de l'insulte en tant qu'acte de langage hostile. Nous montrerons ainsi comment à partir des représentations collectives (ce que nous nommons «désignatifs collectifs»), la stigmatisation d'un autre humain peut permettre de le rejeter du groupe tout en en rendant la destruction moralement acceptable, qu'elle soit symbolique ou littérale, alors que la norme même de ce groupe considère comme l'un des tabous suprêmes le fait de tuer autrui. Cet ensemble de stratégies nous semble récurrent dans les discours haineux contre des communautés et nous chercherons ici à mettre en relief des invariants dans les mécanismes du dénigrement collectif.

* Université Savoie Mont Blanc, laboratoire Langages, Littératures, Sociétés, Études Transfrontalières et Internationales (LLSETI) - EA 3706.

¹ Le terme n'est en effet pas attesté dans le TLFi ou le Dictionnaire de l'Académie Française, 9^e édition; Alain Rey (1998: I, 1071) note toutefois que «diabolisé», existant au XVI^e siècle et signifiant «transformer en diable», a été repris récemment pour «présenter sous un jour négatif, diabolique». Une recherche sur la

base Frantext ne présente qu'une dizaine d'occurrences, datées de la fin des années 90.

1. De l'*inimicus* à l'*adversaire*

L'une des caractéristiques de termes comme «ennemi», mais aussi «étranger», par exemple, est leur relativité, comme le souligne A. Steuckardt (2002 : 11) après C. Kerbrat-Orecchioni (1980 : 38) : «Ces lexies sont constituées d'abord d'un terme qui explicite une relation négative au groupe identitaire [...] [ayant besoin] d'être déterminé[s] par un complément du nom, ou son équivalent, qui indique avec quoi le terme «relatif» se trouve mis en relation. Cette complémentation explicite ainsi la référence identitaire.» Marquant un point de vue, présenté comme celui d'un individu ou au contraire d'un groupe et spécifié par le complément («ennemi du peuple», «ennemi de la République»), «ennemi» dessine les valeurs de ce groupe en négatif, met en relief par les traits qu'on lui associe certains des tabous et rend par là-même perceptibles les normes et valeurs communes. Si le discours dominant l'emporte en créant un consensus majoritaire, le complément cesse d'être nécessaire : l'ennemi devient alors celui de chacun, pris individuellement comme réaffirmant ainsi son adhésion aux principes communs, et les références qui y sont faites peuvent alors se passer de spécification puisque le point de vue initial a gagné le statut d'évidence partagée. L'obligation d'argumenter une qualification grave par la référence concrète à une faute fondée sur une transgression fait place à une énonciation ordinaire qui se passe d'explication, les référents étant devenus membres naturels de la catégorie globale dans l'esprit des personnes soudées par le partage de la même définition.

Cette articulation de termes relatifs désignant l'Autre prend sa naissance dès l'Antiquité, aussi avant de considérer les sens modernes du mot «ennemi» et des termes qui lui sont sémantiquement associés, commencerons-nous par le resituer dans une perspective diachronique : partant des sens latins, nous verrons tout

d'abord comment la langue médiévale a procédé à un tri et à une recatégorisation à partir des étymons.

1.1. *Inimicus* / *perduellis* / *hostis (publicus)* / *adversarius*

Ce sont en fait quatre termes qui se partagent le scope de l'antagonisme en latin : le terme «*inimicus*» est défini par Gaffiot comme renvoyant à l'ennemi particulier, tandis que «*perduellis*» désigne d'abord «celui avec qui on est en guerre, ennemi» puis un «ennemi régulier» selon Gaffiot, qui atteste aussi, au pluriel, «*perduellio*» comme «ennemi public», soulignant la rareté de cet usage. «*Adversarius*» est, toujours selon Gaffiot, l'«adversaire, rival» et «peut signifier aussi ennemi dans toutes les acceptions du terme»; on relèvera aussi «*adversatrix* / *aversator*», «qui se dresse contre» (Gaffiot, p.199). La palette lexicale dont dispose le latin et dont hérite le français est donc pleine de nuances, aux teintes parfois troubles et troublantes, comme en témoigne enfin «*hostis*» qui remplira au final la tâche de désigner l'opposant belliqueux, après avoir désigné l'étranger : Gaffiot donne pour la période latine qu'il décrit les sens d'«étranger / ennemi de guerre / ennemi en général», mais Michel Bréal, dans son dictionnaire qui englobe le latin tardif, mentionne «1) étranger, puis 2) ennemi à la guerre et 3) hôte». Comme le précise Laurent Reverso ici-même², on doit souligner les nombreuses nuances autour des notions latines qui composent l'ensemble de ce que le terme d'«ennemi» recoupe en français. De l'étranger «égal» à l'Autre dangereux, le chemin n'est pas si long lorsque l'on prend en compte les différences que le temps a imposées aux Romains, modifiant leurs rapports aux autres peuples. Ainsi que le souligne Benjamin Boudu (2013), la trilogie «étranger / ennemi / hôte» que dessine «*hostis*» pose la question aux multiples implications (sociologiques, politiques, éthiques) du rapport à

2 Voir en particulier sa section II. «Étranger et ennemi».

autrui, cœur-même du sujet de cet ouvrage, et dont les branches complexes parcourent toutes les ramifications des interactions humaines sociales, de la bienveillance à la haine, de la confiance à la défiance, de la caresse à l'insulte.

Il semble donc que trois termes principalement en latin se soient réparti les différents pôles de l'antagonisme : l'«*inimicus*» est l'ennemi privé, de la personne, tandis que l'«*hostis*» est l'ennemi du groupe, l'«*hostis publicus*» étant l'ennemi public³, et que l'«*adversarius*» est plus dans la sphère de l'intime, avec la notion de rivalité qui lui est associée, à la différence des deux autres termes.

1.2. Français : des sens qui convergent ?

L'ancien français, ce créole du latin au substrat gaulois et au superstrat francique, ce «*dialecte qui a réussi*» comme le dit si bien Anthony Lodge (1997), récupère de sa langue mère seulement deux des trois termes en tant que substantifs portant le même sens et appartenant au même champ sémantique : «*enemy*», tout comme «*aversaire*» et son doublet «*aversier*», concernent aussi bien l'ennemi privé, personnel, que l'ennemi public, commun au groupe. «*Hostis*» a certes évolué en «*(h)ost*», mais ce terme renvoie en ancien français au combat ou à l'armée (on notera le lien métonymique entre les deux sens), tout comme il peut référer à la multitude, à la troupe, voire au troupeau⁴ ; on le trouve aussi sous la forme d'«*hôte*» avec son sens

moderne. Point d'ennemi donc, chez l'«*hôte médiéval*» – même si «*hostile*» et «*hostilité*» retiennent clairement, eux, le sens du latin tardif.

Cette répartition sur deux mots de sens proches, ou pour le moins contigus, nécessite toutefois bien des nuances, puisque par le biais du latin ecclésiastique, attesté depuis Tertullien (III^e s. ap. J.-C.), une autre forme d'ennemi vient s'ajouter aux sens classiques, et c'est sur elle que nous focaliserons désormais notre étude : il s'agit de l'ennemi suprême, l'ennemi du genre humain, l'Ennemi, en quelque sorte, à savoir le diable. Certains énoncés relevés dans les chansons de geste, et qui de prime abord pourraient sembler redondants, prennent alors tout leur sens :

1) «**Li enemi, li adversaire** [...] Ardent e robert tut [...]» (*Vie de St Edmund*, v.2068, ap. Anglo-Norman Hub (ANH))⁵

Ce qui pourrait laisser imaginer une relation de type appositive entre les deux termes, le second renforçant le premier, peut aussi (et doit, à notre avis) être vu plutôt comme une précision marquant un plus haut degré dans l'antagonisme.

On relève aussi des exemples dans lesquels «*aversier*» qualifie une insulte (qui renvoie ici à la bassesse du statut), laquelle décrit la nature des ennemis, en l'occurrence les Sarrasins dans une chanson de geste :

2.a) «*Ne sai que paiens pensent, li cuvert avresiers*» (*Fierabras*, v. 3487, ap. Godefroy p.522, XII^e s.)

Le fait que les Sarrasins soient ramenés à leur foi (*paien*) peut permettre au terme «*aversier*» de jouer sur ses deux sens possibles : d'une part, celui qui s'oppose à moi et, d'autre part, celui qui s'oppose à ma foi. Un autre exemple met clairement les deux termes en équivalence :

5 Nous faisons apparaître en gras les occurrences des termes commentées et soulignons les éléments du contexte significatifs pour la démonstration.

3 Voir N. Grangé (2003 : 10) pour cette notion complexe : «*L'hostis publicus* («*ennemi public*», *publicus* est souvent sous-entendu) désigne aussi bien les ennemis étrangers de Rome, que l'ennemi intérieur qui transgresse la loi de la communauté politique : le référent stable est Rome attaquée d'où se déduit l'attaquant. [...] Dans cette tradition et spécialement chez Cicéron, l'*hostis publicus* procède de la volonté d'installer tout fauteur de troubles à l'extérieur de Rome pour exercer contre lui le droit de la guerre, ce qui est par définition impossible dans le cas d'un citoyen romain».

4 Ap. F. GODEFROY, *Dictionnaire d'ancien français* : XIII^e siècle.

2.b) «Ja nos requierent païen et aversier» (*Cour. Louis*, v.347, *ap. TLFi*, c.1131-1137)

Là encore, il nous paraît que c'est cette polysémie qui est en jeu, et que choisir entre les deux possibles restreindrait la finesse de la qualification. «Ennemy» et «aversier» auraient en fait des sens proches, renvoyant à celui /ceux auquel/s on s'oppose et à celui/ceux qui nui/sen/t au plus haut degré.

En témoigne ainsi le fait, comme l'a par exemple remarqué Ginette Ashby (1979: 14), que les Sarrasins soient systématiquement associés au diable dans ces textes de propagande religieuse pour les Croisades que sont les chansons de geste. Cette assimilation est régulièrement rendue explicite par la co-présence de certains termes (en linguistique, on parle de collocations) :

3) «Tres bien li ressemblent **deable et aversier**», (*La Prise d'Orange*, éd. C. Régnier, v.382)⁶

Ces personnages, qui synthétisent sous des traits humains la perfidie des non chrétiens, ne sont cependant jamais qu'une émanation du diabolique dans son ensemble; c'est ainsi que dans d'autres types de textes, comme les *Miracles*, les démons sont régulièrement désignés sous un terme générique, quelquefois dans un doublet synonymique :

4) «Devant lui apertement / Faisoit venir a parlement / **Les anemis et les dyables**.» (Gautier de Coinci, *Miracles de nostre Dame* (début du XIII^e s.), v.58-60)

Toutefois, le cas le plus fréquent est l'emploi absolu d'«enemy», sans même qu'une glose ne soit nécessaire puisque la référence à un acte métaphysique exclut d'emblée l'ennemi humain :

5) «L'ame emportent **li anemi**» (Wace, *Roman de Brut*, v.13100, *ap. Godefroy* p.136)

Le terme peut apparaître indifféremment au singulier ou au pluriel. Si «enemy» est très fréquemment qualifié par une épithète dans les corpus (comme «mortel», de loin le plus fréquent), il semble que lorsqu'il s'agit du diable ce ne soit guère le cas. De même, on opposera les usages du déterminant possessif («sun mortel enemy») à celui de l'article défini («li enemy»), qui se répartissent les sens: symboliquement, comme si on ne possédait pas le diable. Ce choix de ne pas développer ou qualifier «enemy» montre à quel point l'ennemi suprême est aisément identifiable par le lecteur médiéval: le seul qui soit réellement dangereux puisqu'il touche au salut de l'âme et donc à la vie éternelle, c'est le diable. Nous ne nous intéresserons maintenant ici qu'aux usages non qualifiés du terme, lorsqu'il prend la valeur générique, non individualisante.

Il paraît donc qu'«enemy» et «aversier» sont proches d'une synonymie en ancien et en moyen français⁷: ils renvoient aux ennemis privés, publics et métaphysiques, comme si l'on constituait en un seul bloc ce qui s'oppose. Nous verrons maintenant de manière plus précise comment les textes littéraires médiévaux décrivent ces personnages.

2. Du païen au diable et retour

On notera tout d'abord que la description physique des opposants occupe une assez grande place dans les chansons de geste, textes guerriers médiévaux par excellence: en digne héritière des épopées antiques, la chanson de geste crée le grandiose en alternant scènes de groupes (et il s'agira alors de (dizaines de) milliers de

6 Guillaume, Gilebert et Guielin se teignent la peau d'un onguent noir, note G. Ashby (1979: 13). La «ressemblance» est donc établie sur des critères visuels.

7 Il est de coutume de périodiser le Moyen Âge en deux grandes ères: l'ancien français (IX^e-XIII^e siècles) et le moyen français (seconde moitié du XIII^e siècle - XV^e s.).

combattants) et combats singuliers, qui donnent lieu à des portraits des deux combattants. Comme le type de texte le laisse attendre, puisqu'il s'agit de propagande (religieuse et/ou politique), l'opposition entre le bien et le mal est très présente dans ces scènes.

2.1. Portrait de l'Enemi et de ses associés dans les chansons de geste

Les descriptions physiques des Sarrasins dans les chansons de geste dressent un tableau de l'enfer qui synthétise toutes les craintes chrétiennes. Ainsi, dans la *Chanson de Roland*, le mot *Sarrasins* renvoie de manière générale aux opposants non Francs; cette réécriture à la fin du XI^e siècle de l'épisode de Roncevaux (15 août 778) transpose l'histoire réelle à son époque de rédaction dans la lutte entre christianisme et islam liée aux Croisades. La véritable bataille était tout autre puisque les assaillants de Charlemagne à Roncevaux étaient en fait Gascons⁸. La réécriture tardive de cet épisode avait donc pour double objectif à la fois le resserrement du pouvoir autour de la figure royale, à un moment où le régime féodal s'émiettait, et le lancement de la première croisade. Le thème religieux est particulièrement central puisque les opposants sont systématiquement désignés et interpellés par le terme « païens »⁹.

C'est ainsi, au gré des multiples scènes de duel, qu'apparaît Abisme, chevalier Sarrasin qui prend figure de diable, ou même semble être le Diable:

6) En avant chevauche un Sarrasin, **Abime**, / **le plus félon de toute sa compaignie**. / **Il est chargé de vices et de crimes affreux**; / **Il ne croit pas en Dieu, le fils de sainte Marie**. / **Il est aussi noir que la poix fondue**, / et aime mieux la trahison et le meurtre /

8 Et Roland n'était pas le neveu de l'empereur, du reste.

9 Au point qu'ils s'adressent les uns aux autres de la sorte, ce qui ne manque pas de sel et montre encore plus nettement de quel point de vue est écrit le texte

que tout l'or de la Galice. / Jamais personne ne l'a vu jouer ni rire. / [...] [son bouclier] A Val-Metas **un diable le lui avait donné**. (*Ch. de Roland*, laisses 113 et 114, traduction de Jean Dufournet¹⁰)

Ce portrait moral qui va du fonctionnel (loyauté) au personnel (« qualités » distinctives) inscrit son dédicataire dans tous les pôles de la transgression à la fois: sa moralité va à l'encontre de toutes les valeurs chrétiennes et franques (religion, éthique, mœurs) et prépare la description physique, qui traduit la noirceur de cette âme par l'apparence; on va ainsi de l'intérieur vers l'extérieur, et l'absence d'émotions positives qui clôt cette séquence renforce encore le sentiment que l'on n'est pas face à un être humain. La suite du passage, évoquant cette fois Baligan, le calife suprême, oncle de Marsile, marque le glissement du chef vers le peuple entier et permet une généralisation:

7) Il a sous son autorité **la race des Noirs**; / **ils ont de grands nez et de larges oreilles**; / [...] Quand Roland voit **la race maudite / qui est plus noire que l'encre / et qui n'a de blanc que les dents seulement** / [...]» (*Ibid.*, laisses 143, 144 et 233¹¹)

Avec le terme de « race », le passage de l'humain à l'animal est rendu plus simple, dans la mesure où l'individualité est gommée derrière la quantité. Cette « race », d'abord caractérisée par une couleur, devient ensuite « maudite », passant ainsi d'une description qui se veut neutre (la couleur supposée) à un jugement moral. Le recours

10 Dans le texte: ««Devant chevalchet un sarrasin, Abisme: / Plus fel de lui n'out en sa cumpaignie. / Te(t)ches ad males e mult granz felonies; / Ne creit en Deu, le filz Sainte Marie; / Issi est neirs cume peiz ki est demise; Plus aimet il traïsun e murdrice / Qu'(e) il ne fesist trestut l'or de Galice;/ Unches nuls hom nel vit juer ne rire. [...] En Val Metas li dunat uns diables [...]»

11 Dans le texte: «La neire gent en ad en sa baillie; / Granz unt les nes e lees les oreilles,/ [...] Quan Rollant veut la contredite gent / Ki plus sunt neirs que nen est arrement, / Ne n'unt de blanc ne mais qu sul les denz,/ [...]»

à des termes renvoyant à l'animal et non à l'humain pour procéder au tableau n'est plus loin, comme par exemple par l'usage de « cuir », qui peut référer tant à de l'organique vivant qu'à de la matière morte, ce qui permet alors de passer à l'objet en comparant cette peau à du métal. La mention de la cruauté renforce encore le trait de la barbarie et de la non humanité :

8.a) « Ils ont **le cuir aussi dur que du fer** ; / aussi n'ont-ils besoin ni de casque ni de cuirasse ; / **dans la bataille ils sont cruels et acharnés.** » (*Ibid.*, laisse 233¹²)

Les références aux animaux, par l'emploi de termes réservés à la description des cris de bêtes, semble soudain naturelle dans le flot de la narration :

8.b) « Ceux d'Occiant **braient et hennissent**, / ceux d'Arguille **aboient comme des chiens.** » (*Ibid.*, laisse 255¹³)

Toutes les raisons deviennent alors bonnes pour annihiler cette « race » : elle n'est pas humaine et est dirigée, qui plus est, par des diables¹⁴. Ces traits, que nous montrons ici dans ces extraits emblématiques, se retrouvent dans bon nombre d'autres textes appartenant au même genre littéraire, souvent de manière concentrée¹⁵ :

9) « Ainsi sont les ennemis et les diables infernaux / qui sont **cornus comme bêtes et noirs comme**

12 Dans le texte : « Durs unt les quirs ensemment cume fer : / Pur ço n'unt soign de elme ne d'osberc ; / En la bataille sunt felun e engrés. »

13 Dans le texte : « Cil d'Ociant i braient e hennissent, / Arguille si cume chen i glatissent ; / ».

14 C'est d'ailleurs le diable lui-même qui vient chercher les âmes des combattants de son camp sur le champ de bataille, alors que les âmes des Francs sont recueillies par les anges (voir ainsi la mort de Climorin, laisse 117, et celle de Roland, laisse 176).

15 Voir par exemple, pour le cycle de Vivien, J. Wathelet-Wilhem (1982), ou encore G. Ashby (1979) pour une étude de la figure du diable dans les chansons de geste.

corbeaux! » (*Enfances Garin de Monglane*, vv.729-730, ap. Ashby (1979 : 12-13) ; je traduis)¹⁶.

Ils sont de fait attendus dans tout discours de propagande pour la Guerre Sainte. Car, en effet, convoquer la figure du païen enclenche automatiquement des types de discours, des mécanismes argumentatifs, tout comme les champs sémantiques du combat et de l'opposition à mort, justifiés par la mission et ses enjeux : être perdant dans ce combat, c'est bien souvent périr ou être contraint d'abandonner sa foi. Or, vu les descriptions du camp adverse que nous venons de rencontrer, on peut s'attendre à ce qu'une telle alternative ne fasse rêver aucun des guerriers.

2.2. La rédemption par la conversion

En ce qui concerne les descriptions morales de l'ennemi, dont nous venons d'avoir un aperçu, n'oublions pas que l'extérieur au Moyen Âge n'est jamais que le reflet de l'intérieur, et l'on peut donc s'attendre à ce que les traits moraux des ennemis soient conformes à leur laideur. Et en effet, les actes de ces chevaliers dans la *Chanson de Roland* montrent combien leurs âmes sont elles aussi noires¹⁷ puisqu'ils sont sans limite dans le calcul (mise en place du guet-apens), la lâcheté (fuite de l'émir Baligant) et le manque de loyauté, qui se traduit par les multiples trahisons, y compris la plus grave, celle de la foi. Car ce sont en plus des blasphémateurs, qui insultent leurs dieux lors de leur déconfiture, en brisent les images et les renient ; cette représentation des religions autres que le christianisme comme blasphématoires est tout à fait courante, voire banale dans les textes. Mais le peu de foi des païens, assimilée à l'errance inhérente à l'hérésie, fait qu'ils peuvent se convertir : n'ayant pas encore été touchés par la grâce de la vraie foi, on peut leur pardonner

16 Dans le texte : « Ains sont les enemiz et diables infernaux / qui sont cornuz que bestes et noirs comme corbaultx! »

17 On notera au passage la pérennité de ce cliché de la « noirceur de l'âme ».

leurs erreurs s'ils les reconnaissent. Ce mécanisme de retournement et de réintégration de l'adversaire peut sembler étonnant aux lecteurs modernes, pourtant il est tout à fait logique dans la représentation du monde par le dogme. Les hérétiques sont en effet dans l'erreur, manipulés qu'ils ont été par le diable, être qui divise et trompe¹⁸, par l'adversaire, celui qui « est tourné contre », qui est du côté opposé, littéralement.

Toutefois, gare à ceux qui ne reviennent pas vers le christianisme, puisque c'est de faute et non d'erreur qu'il est alors question, faute que le refus de conversion confirme en tant que péché mortel. L'alternative est donc très claire comme le précise *Roland*:

10) v.101-102: « Dans la cité **il n'est resté de païen / qui ne soit mort ou devenu chrétien**¹⁹ »

C'est dans le sacrement du baptême qu'est trouvée la rédemption, comme l'illustre l'épisode final où la Sarrasine Bramimonde devient Julienne (laisse 290). Cette conversion n'est possible que parce que le baptême constitue un exorcisme (le premier, qui lave du péché originel l'*infans*); la nature maléfique des païens est donc transformée par le rituel, véritable métamorphose permise par l'infinité de l'amour divin, et le mauvais devient alors bon, changeant de foi et gagnant une identité, puisque le baptême, outre les rituels de purification, comprend aussi la nomination devant Dieu et les hommes. Ce geste fondamental de nommer n'est pas juste, comme nous l'avons montré ailleurs (Lagorgette 2005), un étiquetage social mais bien une transformation profonde qui touche à l'essence même du sujet: « le non sachiez a la parsonne

/ car par le non conoist l'an l'ome²⁰», comme le stipule le *Conte du Graal* de Chrestien de Troyes. Le nom décrit l'être, il le donne à voir au monde. On a largement commenté du reste les noms propres des Sarrasins dans *Roland*, qui ne manquent jamais de marquer leur appartenance aux forces du mal²¹. Le nom de baptême, chrétien, considéré comme la vraie naissance au droit monde, va au contraire exhiber une appartenance culturelle et une filiation mystique puisque l'on place l'enfant sous le patronage d'un/e saint/e. Accéder au christianisme est donc pour le Sarrasin non seulement la garantie de la vie sur terre mais aussi un premier mouvement vers le salut dans la vie éternelle.

Au contraire, le rejet de la conversion marque un refus fort de quitter la nature fautive et, dès lors, la mort devient la seule issue puisque cette dénégation confirme le diabolisme. Pour le chrétien, tuer perd le statut d'acte mettant en danger le salut et devient vertueux, la mise à mort s'imposant comme seule solution contre le mal absolu dans le cadre d'une guerre sainte. Car il n'est plus question d'un individu (comme le changement de nom le marque symboliquement), mais d'une ample force dont l'être refusant la conversion se présente comme le vecteur. Perdant toute possibilité de reconnaissance en tant que personne, il n'est qu'une créature néfaste et toxique ayant pris des traits humains pour mieux tromper ses adversaires. La présence divine dans la *Chanson de Roland* rend particulièrement clair ce schéma de représentations puisque l'on y trouve des manifestations divines

18 Comme le rappelle son étymologie, cf. A. Rey (1998: I, 1070) qui rappelle que le mot vient du grec, « dérivé du verbe *diaballein*, « jeter entre, insérer », employé ensuite péjorativement, d'où au figuré « désunir, séparer », « accuser, calomnier », et « tromper ».

19 Dans le texte: « En la citet nen ad remès paien/ Ne seit ocis u devient chrestien / ».

20 Vv.561-562, éd. J. Dufournet: « Sachez le nom de ceux que vous rencontrez / car par le nom on connaît l'homme » (je traduis).

21 Ainsi, Malcud, littéralement « qui comprend mal », ou encore Abîme, « le gouffre, les enfers »; cf. Bercovi-Huard (1976).

concrètes²² ou même des phénomènes cosmiques²³. Bras armés de leur dieu sur le champ de bataille, les guerriers se montrent persuadés d'accomplir des actes validés par ledit dieu lorsqu'il leur donne la victoire ou les rappelle à lui.

Ce jugement direct des actions par l'autorité métaphysique prend valeur d'ordalie. C'est à ce type d'instance que s'en remettent les Francs lorsque l'un des leurs devient un ennemi public, comme l'illustre le cas très intéressant de Ganelon. En effet, si la *Chanson de Roland* dessine précisément le portrait des ennemis extérieurs, elle n'en trace pas moins aussi celui de l'ennemi intérieur avec la figure du traître. Ce qui caractérise ce dernier est le fait qu'il laisse gagner son orgueil sur son devoir envers l'empereur et sa communauté: ce choix de rendre souverains les intérêts personnels sur les impératifs imposés par le fonctionnel et le collectif est proprement impardonnable; du reste, Charlemagne, avant même la trahison, ne s'y trompe pas puisqu'il associe Ganelon à l'Ennemi suprême, par l'usage de la formule attributive par excellence de l'état, fondée sur le verbe *être*, qui sert aussi à nommer²⁴:

11) v.746: «vos estes **vif diables.**»

Même si Ganelon se défend à plusieurs reprises durant la geste d'avoir trahi, ce sera pourtant bien cet acte qui lui sera imputé:

12.a) «Ganelon est un félon **pour avoir trahi** [Roland]. / Envers vous [Charlemagne] **il s'est parjuré** et mis dans son tort. / Pour cette raison, je juge qu'il doit mourir pendu, / tourmenté dans son corps et détruit, / **comme un félon qui a commis une félonie.**

22 Telles que les visions de Charlemagne durant son sommeil, mais aussi l'ange Gabriel et Saint Michel venus chercher l'âme de Roland.

23 Comme, par exemple, le soleil s'arrêtant avant la bataille opposant Charles et Baligant.

24 Voir Lagorrette (1995) et (2005).

S'il a un parent qui veuille me démentir, / de cette épée que j'ai ceinte ici / je veux sur-le-champ soutenir mon jugement. » (vv.3829-3836, Thierry à Charles)²⁵

Comme pour se garantir contre une éventuelle erreur judiciaire, un représentant se battra pour lui, laissant à Dieu le soin de juger: Thierry affrontera donc Pinabel après avoir défié les proches du traître. La victoire du frère (Thierry) contre le puissant (Pinabel) est alors vue comme un jugement surnaturel:

12.b) Les Francs s'écrient: «**Dieu a fait un miracle.** / Il est bien **juste** que Ganelon soit pendu, / et ses parents ont été ses garants » (*Ibid.*, laisse 286²⁶)

Ce duel judiciaire, cette ordalie confirment le jugement humain par le jugement divin, illustrant qu'aucun pardon ni rédemption ne sont prévus pour le chrétien qui se parjure et ne reconnaît pas son péché, ce qui équivaut à une absence de repentir; le traitement d'infamie infligé à son corps (l'écartèlement) et la pendaison de ses trente alliés renforcent encore le caractère édifiant de la punition et de la dégradation de l'ordre des humains qui l'accompagnent. De plus, ce n'est pas juste le coupable, à titre individuel, qui est puni, mais bien l'ensemble des siens, non pas «race», certes, mais tout de même «famille», voire «clan». La leçon est donc fermement établie et les deux formules généralisatrices qui closent chaque laisse racontant le jugement et l'exécution ont valeur d'adage:

12.c) «Le traître perd et soi-même et les autres » (*Ibid.*, laisse 288²⁷)

25 Dans le texte: «Guenes est fels d'ïço qu'il le traît; / Vers vos s'en est parjurez e malmis./ Pur ço le juz jo a pendre e a murir / E sun cors metre [en peine e en exil],/ Si cume fel ki felonie fist. / Se or ad parent ki m'en voille desmentir, / A ceste espee, que jo ai ceinte ici,/ Mun jugement voel sempres garantir.»

26 Dans le texte: «Escrient Franc: «Deus i ad fait vertut! / Asez est dreiz que Guenes seit pendut / E si parent, ki plaidet unt pur lui.»

27 Dans le texte: «Ki hume traïst sei ocit e altroi.»

12.d) « Quand on trahit, il n'est pas juste qu'on s'en vante » (*Ibid.*, laisse 289²⁸)

Le message aux futurs Ganelon est donc très clair : pas de pardon lorsque l'on sert le diable et l'ennemi car on s'*aliène* sa communauté, à laquelle on devient *étranger*, pour laquelle on est *étrange*, voire *monstrueux*, et qui plus est l'*autre*, *hostile*. En se détournant d'elle, de ses valeurs, on devient littéralement (au sens étymologique) son *adversaire*, son *double* négatif – son *diable*. Parcourant toutes les strates sémantiques que nous avons vues s'agglomérer ou se repousser au fil de l'évolution des termes, du latin au français, l'autre néfaste réussit en somme la synthèse de toutes les craintes, de toutes les terreurs du groupe dont on l'accuse d'avoir enfreint sciemment tous les tabous (protecteurs) : le détruire est non seulement une nécessité mais aussi un devoir et surtout une mission, voire une quête, au sens le plus mystique que pouvait lui donner la théologie médiévale. On ne débarrasse pas seulement sa communauté d'un ennemi en exterminant la « race » dangereuse, mais toute l'espèce humaine que l'on protège génériquement de l'Ennemi.

Ces représentations de l'ennemi, comme on le voit, orientent l'opposition vers le Mal qui s'exprime à travers des agents dont il a pris possession. Cette rhétorique, très religieusement connotée et orientée, établit une équivalence plus ou moins explicite entre ennemi et diable, que l'on retrouve par le jeu de métaphores et d'expressions figées, soutenues par des processus argumentatifs que nous nous attacherons maintenant à décrire dans leur pérennité.

28 Dans le texte : « Hom ki traïst altre, nen est dreiz qu'il s'en vant ».

3. Pas de liberté pour les ennemis de la liberté

3.1. « L'Axe du Mal »

Comme le souligne Christian Chesnault dans un récent numéro de la revue d'ethnologie *Terrain* (2008) consacré au diable :

13) Depuis que l'ayatollah Khomeyni, en 1979, qualifia l'Amérique de « grand Satan », puis que Ronald Reagan, en 1983, associa l'Union soviétique à « l'empire du Mal », **la diabolisation dans les discours politiques trouve désormais de vifs prolongements**. Dès 1998, Oussama Ben Laden appelait « chaque musulman à attaquer **les troupes sataniques américaines et leurs démons alliés** », tandis que George Bush déclarait en 2002 que « Iran, Irak, Corée du Nord, ces États et leurs alliés terroristes constituent un **axe du Mal** » (Sauvaget 2005).

En effet, des exemples bien plus récents que ceux des Croisades médiévales illustrent la longévité de ce procédé rhétorique : ainsi, après le 11 septembre 2001, a-t-on pu relever dans le discours en circulation dans les médias occidentaux un certain nombre de références au champ lexical du diabolique ; nous n'en citerons qu'un exemple, faute de place, à partir d'une recherche sur un moteur internet très utilisé par les usagers des nouvelles technologies. Nous avons ainsi opéré sur le moteur Google en décembre 2013 avec les termes « oussama ben laden + diable » ; le résultat initial annonçait 271 000 pages, qui se sont réduites en réalité à 441 entrées, dont une cinquantaine n'étaient pas pertinentes.

Dans l'extrait suivant, le titre-même donne le ton en usant de l'expression figée « signer un pacte avec le diable » ; mais on ne s'attend pas forcément, du fait justement de ce figement, à ce que la métaphore soit filée au point de quitter son aspect abstrait pour devenir on ne peut plus concrète :

14) « Oussama ben Laden, qui réaffirme dans un message audio que le djihad est un devoir pour libérer

les territoires palestiniens, s'attaque directement à Israël, le peuple de Dieu. [bandeau : « Si Dieu le veut »] « Si Dieu le veut, nous continuerons la lutte contre les Israéliens et leurs alliés et ne renoncerons à aucun centimètre carré de terre de Palestine tant qu'il y aura au moins un musulman véritable sur la Terre », menace Ben Laden dans son message audio. **Dieu ne veut pas qu'on s'attaque à Israël. Ben Laden est dirigé par le diable et son inspiration est d'origine satanique.** (<http://www.journalchretien.net/+12821-ben-laden-a-t-il-signé-un-pacte-avec-le-diable> + (daté du 16 mai 2008))

Cet usage de la terminologie religieuse, émanant d'un site chrétien, n'a rien de surprenant. Toutefois, on pourrait s'étonner de trouver le dieu chrétien comme participant dans l'interaction; le glissement entre les deux énoncés juxtaposés (section mise en relief dans l'exemple) apparaît comme une réponse par la négative à la citation de l'ennemi, qui elle-même invoque sa divinité comme garante de son succès. Retournant la formule figée initiale (« si Dieu le veut »), l'auteur du texte la défige et convoque alors son opposé, son adversaire, comme s'il révélait de source sûre la vérité (la suite de l'argumentaire s'appuie en effet sur des textes bibliques pour étayer ce discours d'autorité). En trois phrases, nous retrouvons donc à la fois le combat métaphysique du Bien contre le Mal, la représentation de l'erreur due à la fausse foi et la manipulation par le diable de l'Autre, devenue figure menaçante par excellence, après avoir été initiateur de l'agression. Le diable, qui renvoie étymologiquement au calomniateur, semble s'être saisi de la parole et a usurpé le discours de la vérité pour brouiller les pistes; au vrai croyant de la vraie foi, celle qui est à la fois authentique et juste, de rétablir le logos dans la bonne voie (voix). Comme dans l'acte du blasphème, c'est finalement un tiers initié qui révèle au monde le droit chemin.

Cet exemple nous semble emblématique à la fois des mécanismes de circulation du discours mais

aussi du constant dialogue entre opposants: les deux camps opèrent selon les mêmes procédés d'accusation et de construction de la rhétorique, se renvoyant les formules magiques, le nom de Dieu et l'expression de sa volonté comme si le camp adverse était hérétique. C'est en effet vers ce glissement de l'hérésie à la Guerre sainte que tendent bon nombre des exemples relevés. Si l'on ajoute maintenant aux termes de la recherche initiale « ennemi », ce sont 165 000 pages qui sont annoncées, renvoyant en réalité à 420 entrées moins une cinquantaine d'occurrences non pertinentes (soit guère moins qu'avec la première sélection de termes): on voit ainsi que les termes « diable » et « ennemi » continuent d'appartenir au même champ sémantique lors de guerres fondées sur des motifs religieux. On remarque aussi ce que Chesnault soulignait, à savoir la circulation dans les deux camps antagonistes des mêmes termes et processus argumentatifs; ce phénomène de symétrie dans les catégories de dénigrement et dans les mécanismes qui les activent est classique dans le discours de la violence. Il s'agit d'un effet « boomerang », en quelque sorte, qui consiste à retourner la même insulte à son envoyeur après avoir réfuté sa pertinence pour « ma » description (« ce n'est pas moi qui suis un... , c'est toi »). On pourrait dans le cas qui nous retient gloser ce procédé par « on est toujours le diable de quelqu'un d'autre » - voire « si tu me traites de diable, c'est que tu l'es ». L'intérêt de ces échanges est de mettre en évidence l'universalité du processus: construire l'ennemi, c'est le diaboliser, tant au sens littéral qu'au sens figuré, et les deux camps s'y évertuent, reprenant les mêmes procédés argumentatifs et rhétoriques. La double construction en miroir par chaque camp autour des mêmes catégories²⁹ n'est pas

29 Que l'on trouve atteignant sa perfection dans la *Chanson de Roland*, comme la critique l'a fort bien souligné, puisque la structure étiatique de Charlemagne est reprise à l'identique du côté sarrasin, un « identique » maléfique.

sans rappeler la nécessaire coopération entre insulteurs ou témoins du blasphème : pas d'insulte en effet si l'autre ne finit pas de construire l'interaction en réagissant de manière pertinente, et pas plus de guerre sainte si l'adversaire n'a ni dieu ni maître.

Rien de pire en effet pour un insulteur que d'être désarmé, comme par exemple par un « effet Cyrano » :

15) « Un monsieur (à la sortie de l'église, Bormes-les-Mimosas) : Connard !

Le Président de la République : Enchanté ! Moi, c'est Chirac ! » (ap. *Le Sacre*, de Nicolas Domenach et Maurice Szafran, Paris, Plon, 2003)

Rien de pire non plus qu'un agressé sur la foi qui répondrait par exemple que Dieu est mort depuis belle lurette d'après Marx et Nietzsche, qui étaient très bien informés, et que les négociations autour du pétrole (du prix du pain, du cours de la guimauve, que sais-je ?) peuvent être menées sans recourir aux structures de l'imaginaire. Le camp adverse rétorquerait immédiatement qu'il a affaire à un blasphémateur de premier ordre, bien entendu, mais la rhétorique mise en œuvre par le camp refusant d'entrer sur ce plan métaphysique pourrait déjà sensiblement s'affranchir de l'effet de miroir ; et ce serait certainement une première victoire en termes de médiation, voire de stratégie, que d'avoir refusé de suivre l'autre sur le terrain qu'il a choisi pour mener la guerre rhétorique. Cependant, pour en finir avec l'exemple O. Ben Laden / G. Bush, n'oublions pas que ce type de choix argumentatif n'est possible que pour un pays dont la monnaie ne porte pas « In God we trust » sur ses coupures. Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que les media du pays en question se soient engouffrés dans la rhétorique de la guerre sainte ; en revanche, ce qui est tout à fait frappant, c'est que les media dominants (en termes d'impact) d'autres pays, eux, clairement affichés comme laïcs, se soient ralliés d'une seule voix aux mêmes plans de communication, et

aux mêmes schémas discursifs – comme s'ils croyaient, en fait, que l'ennemi est bien le diable ?

3.2. Caractériser l'autre : l'ennemi dans le discours polémique moderne

En fait, comme nous l'avons vu avec les chansons de geste du Moyen Âge, l'imaginaire guerrier occidental repose sur des représentations, initialement fondées par et sur l'ordre religieux, l'architecture terrestre donnant accès à la cosmogonie céleste, ainsi qu'en témoigne le genre des bestiaires ; un ensemble de métaphores structure les représentations, et bien au-delà même les structures de la pensée, comme l'ont bien montré les nombreux travaux de Georges Lakoff. Pas étonnant dès lors que l'on retrouve des réseaux sémantiques récurrents quelle que soit la période envisagée. Ainsi, pour ne mentionner que les plus saillants dans les portraits d'ennemis que nous avons relevés, on notera tout d'abord **le passage du discret au massif**. Les quantifieurs permettent en effet de grossir le trait, en donnant une impression de multitude. On relève dans les textes étudiés³⁰ des expressions renvoyant à des quantités non précisées (comme *des hordes*, *des bandes*, *les troupes* : cf. ex.13), des expressions donnant un chiffre par approximation (*des centaines*, *des milliers*), ou encore des désignatifs collectifs renvoyant à une appartenance commune globale, classée sous une étiquette méta (*une engeance*, *la gent*, *la race* (+ adjectif ou complément de nom) ; voir aussi l'ex.7) :

16) De toutes pars akeurent **cele gens aversiere** (*Bueves de COMM.* v.2905, ap. Godefroy p.522)

Dans tous ces cas, il ne s'agit plus d'individus mais de groupes indéterminés, regroupés autour de leurs caractéristiques pertinentes pour la seule justification

30 Nous avons travaillé à partir de la *Chanson de Roland*, ainsi que d'une trentaine de textes sur la Commune de Paris (corpus dans Lagorgette 2011 et 2012) et les relevés effectués par Marc Angenot (1982) dans son étude sur le pamphlet.

du combat contre le Mal, qui se donne à voir sous de multiples formes. Ce procédé de la partie désignée par le tout est celui de la métonymie, très rentable dans les écrits de propagande comme le pamphlet, les manifestes et plus généralement les discours haineux (Angenot 1982; Lagorgette *et al.* 2011 et 2014).

On retrouve le même procédé de généralisation dans des **usages particuliers de l'article défini** déterminant des noms catégoriels, généralement abstraits, comme dans «l'ennemi», «les diables», «l'axe du Mal», ou encore avec les noms de peuples (de «races», de partisans d'un groupe, d'un camp politique, voire d'un genre; ex. «paiens»). Dans les reprises anaphoriques, ces syntagmes nominaux peuvent faire l'objet d'une glose plus généralisante encore en tant qu'axiome, fondée sur la forme «Tous les [désignatif collectif] sont des + [axiologique négatif]». Jacques Guilhaumou (1986) note dans le même mouvement rhétorique des glissements entre les catégories: ainsi dans *le Père Duchesne*, on passe de «tous les hommes suspects», en août 1793, à «tous les ennemis de la liberté (et) tous les ennemis de la République / de la Révolution / du peuple», en septembre 1793. Les grandes catégories sont en effet très poreuses, et les traits négatifs s'accumulent ou se remplacent aisément. Le même phénomène est à souligner avec l'emploi du déterminant indéfini: «un [désignatif collectif], ça + verbe au présent». Ces groupes adverses sont construits selon **la dichotomie nous / eux**, ces + [désignatif collectif], clivant deux camps et ne laissant pas de place à un troisième, hors champ.

Dans le même ordre d'idées, nier l'humanité d'autrui pour en rappeler la nature incertaine, maléfique, voire diabolique, en tous les cas pas humaine, est aussi un procédé courant avec le **recours à des définitions positives** (x est un...) **comme négatives** (x n'est pas.):

17.a) «**Ce sont dyable qui sont chiens entrés, qui d'enfer viennent orendroit couronnés**» (vv.4479-4480,

Moniage Rainouart, éd. J. Runeberg, 1905, ap. G. Ashby 1979: 13)

17.b) «**Ce ne sont mie gens, ce sont diables d'enfer**» (v.709, *Les Enfances Garin de Monglane*, éd. J.-M. Paquette, 1968, ap. G. Ashby 1979: 13)

Ces quatre grands types de procédés font tous basculer les référents dans le non-comptable, ce que l'on nomme «massif» en grammaire, comme opposé à «discret», ce qui aboutit à une dépersonnalisation de chacun des membres composant le groupe, procédé qui lui-même permet ensuite une généralisation axiomatique et axiologique à peu de frais rhétoriques, mais surtout sans avoir à apporter la moindre preuve. **Les boucles référentielles**, associant des éléments négatifs comme renvoyant naturellement les uns aux autres, tissent un continuum dans la dépréciation sans que l'on ait à en rétablir l'histoire, comme nous avons pu le montrer pour les termes *sorcière*, *Tricoteuse*, *Vésuvienne*, *Pétroleuse* et *passionaria* (Lagorgette 2011 et 2012). Des termes déjà employés reviendront donc, à un autre moment, dans un contexte différent, avec toute la force pragmatique qu'ils portaient à leur première apparition dans les discours, le plus souvent indatable, convoquant immédiatement les sens et les connotations particuliers à ces premières occurrences et les réactualisant dans un nouveau contexte, une nouvelle époque (voir J. Butler, 1997: 14 *et sq.*).

Une autre caractéristique des discours haineux contre l'ennemi découle de ces cinq procédés: puisqu'il n'est plus question d'individus mais de masses indéfinies d'êtres nocifs, le passage de l'humain au non humain est rendu d'autant plus aisé que bon nombre de métaphores insultantes du domaine privé reposent sur la transformation imagée d'autrui en animal. Chaque société et chaque groupe dispose de l'arsenal de ses propres stéréotypes, et nous avons déjà vu que le Moyen Âge prisait beaucoup les chiens pour le dénigrement (ex.8

et 17.a). Dans le même mouvement de transformation négative, comme le soulignent Marc Angenot (1982) et Alain Brossat (1998), on remarque une évolution du lexique péjoratif contre l'ennemi au cours du XIX^e siècle, où *chiens, loups, serpents*, par exemple (voir aussi ex.9), sont additionnés de termes appartenant à la vermine, comme les rongeurs et les insectes, catégories non comptables, nocives et transmettant insidieusement à l'homme le mal, ce qui s'oppose à la morsure, à l'attaque franche du chien, du loup, etc. On se souviendra ainsi des emplois de *rats* (antisémitisme XIX^e et XX^e s.), *ratons* (Maghrébins, XX^e s.), *doryphores* (Occupation) ou encore *cafards* (Rwanda, 1994). Des quantifieurs massifs s'y adjoignent tels que *des nuées de, des troupes*.

Dans le même mouvement, enfin, de déshumanisation visant la légitimation d'une destruction massive, la comparaison à du non vivant, dans le domaine de la maladie, semble atteindre le dernier stade avec la biologisation, comme dans les expressions *le virus hébraïque, la lèpre juive, le virus moscovite, le microbe de Vichy* (ap. Angenot, 1982: 260) ou encore *Roms: l'overdose*³¹. Fondées sur l'analogie et non la preuve, ces comparaisons dont le «comme» est absent affichent comme source, le plus souvent implicite, un discours d'autorité qui s'appuie sur des lexiques professionnels, des jargons opaques pour le commun des locuteurs, qui serait bien incapable d'en valider ou non le choix, ignorant qu'il est des véritables définitions. Reste seule la perception de la contagion potentielle et du danger de mort comme trait sémantique dominant.

Cette biologisation a plusieurs atouts: d'une part, elle présente comme nécessaire le combat contre l'ennemi et sa destruction, combat envisagé comme la

condition *sine qua non* d'une remédiation pour un retour à la santé du groupe contaminé; d'autre part, portant les mystères et lumières de la science, elle impose son discours comme diagnostic, et non plus comme point de vue, choix stratégique ou lecture religieuse et morale. Avec cet ensemble, il devient évident et indiscutable que des remèdes doivent être trouvés, pour le bien de tous et de chacun, mis en danger par quelques-uns (ce schéma fonctionne donc aussi bien pour l'ennemi extérieur, l'*hostis*, que pour l'ennemi intérieur, l'*hostis publicus*). Ce n'est plus du diable que l'on traite, mais des multiples moyens de sa nuisance. Les métaphores de la vermine, du virus et de la maladie présentent aussi l'avantage de la prolifération plus ou moins visible, plus ou moins identifiable, sauf lorsque l'on est initié: le mal est partout, qui guette, et il faut donc faire confiance à ceux qui savent le reconnaître, même sous les dehors les plus anodins. Ces savants, quant à eux, prennent le statut de héros, s'opposant non pas à un mal, mais au Mal (transfert de sens d'autant plus aisé que nous avons vu avec le Moyen Âge comme l'un mène inévitablement à l'autre); on reconnaît là l'un des traits caractéristiques du pamphlétaire (Angenot 1982). Leur résister ne fait que montrer que l'on est dans l'autre camp: pas de zone neutre en effet lors d'une épidémie ou d'une guerre sans merci.

Nous prendrons pour illustrer cet ensemble de glissements et de procédés un texte encore peu connu qui dresse un portrait des femmes de la Commune ramenées au mythe de la Pétroleuse³². Ce texte présente l'avantage de cumuler des propos haineux à la fois contre un camp politique, contre une classe sociale et contre un genre: croisant les angles d'attaque contre l'ennemi, il additionne les niveaux de blâme pour dépeindre un fléau absolu qu'il rayer du globe, tout bonnement. Se

31 Titre de *Valeurs actuelles*, 22/08/2014, condamné le 5 mars 2015 par la XVII^e chambre du TGI de Paris pour provocation à la discrimination, à la haine ou la violence envers les Roms et pour diffamation. Des termes comme «fléau» et «plaie» ont aussi été condamnés dans le même numéro.

32 Dont il a été établi qu'il s'agit bien d'un mythe (Gullickson 1996; Lagorgette 2011 et 2012, notamment).

succèdent donc les différents procédés que nous avons fait émerger : nous les faisons apparaître en relief dans cet extrait³³ :

18) *La Femme politique*, J. de la Brenne, 1875 :
 Enfin, il y a une quatrième catégorie de femmes politiques que j'appellerai du nom sinistrement célèbre de pétroleuses. Cette **race de monstres à face humaine a, de tout temps, existé dans les bas-fonds de la société. Comme ces reptiles immondes qu'on ne voit monter à la surface des eaux stagnantes que lorsqu'on en agite violemment le limon impur**, elles n'apparaissent que dans les moments de crise sociale, quand une nation se débat dans **les convulsions de l'agonie**, et que les passions populaires, comme une mer en furie, grondent et menacent de tout anéantir. **Cette créature n'a, à la vérité, ni parti, ni principe, ni opinion, elle n'a que des instincts**, et n'agit que pour son propre compte. **Les facultés de la femme sont remplacées chez elle par les appétits et les soifs inextinguibles de la bête féroce**. Comme elle, **elle aime les antres ténébreux, flaire avec délices le meurtre et le carnage, pille, vole, tue, et n'est jamais rassasiée**. [...] **Elle boirait le sang de sa propre mère dans le crâne du dernier de ses enfants. Depuis longtemps son cœur est mort à tout sentiment humain**. Elle se nourrit de haine et de désir de vengeance. **Sombre** comme le crime, **elle ne songe qu'au mal et aux moyens de le faire le plus cruellement possible**. Le plus souvent elle vit seule dans son repaire, **comme la louve. Femelle abandonnée, si elle est mère, elle a vite oublié ses petits qui deviendront peut-être sa proie un jour**. [...] Elle est coupable, elle est infâme, elle est abjecte dans sa misère. Mais ces hommes qui l'ont précipitée dans l'abîme, **traînée dans la fange, rendue plus vile encore qu'un animal immonde**, et qui, élevés eux-mêmes au faite de la fortune et des honneurs, la regardent aujourd'hui avec indifférence et mépris, ces hommes si fiers de leur popularité, qu'ils

tiennent d'elle et des siens, sont coupables, infâmes et abjectes (*sic*) mille fois plus qu'elle! [...] Quel sera le **dompteur de ces bêtes féroces**? Quel homme, **suscité de Dieu**, prendra en main la verge qui châtie, et rendra à **notre malheureuse patrie** troublée et humiliée la paix et la prospérité en la **délivrant de cette race de vipères rouges**?

Ce texte, qui ferait presque sourire par son outrance s'il n'avait pas légitimé tant de violence contre ces femmes, dresse le portrait-robot de la criminelle-type : mêlant critères sociaux (*sa misère*), de genre (*femelle*) et de morale (le comportement débauché, contre-pied évident de celui de la bonne mère et ménagère chrétienne), il s'inscrit dans son époque qui voit l'émergence triomphale de la pathologisation des criminels et la naissance d'une science qui est dévouée à son étude, la criminologie, comme le rappellent ici même Yves Cartuyvels, Martine Kaluszynski et Dominique Messineo. La figure du criminel-type permettra plus aisément de le repérer, notamment grâce à la physiognomie, et l'on se souviendra des nombreux portraits photographiques des Communards qui serviront ensuite ces fins (Gullickson, 1996), avec en arrière-plan ni plus ni moins que l'eugénisme (Kaluszynski, 2008 ; Gullickson, 1996), le meilleur moyen d'éradiquer le Mal étant encore d'éviter sa (pro)création.

Conclusion

Comme nous venons de le montrer, la diabolisation, au sens littéral, de l'ennemi est incluse en arrière-plan dans les sèmes de nombreux termes que l'on utilise encore dans le discours haineux ; cette même pérennité se retrouve dans les procédés rhétoriques qui appuient ces mots et leurs réseaux lexicaux (métaphore, métonymie, boucles référentielles, quantifieurs massifs, usages spécifiques des articles défini et indéfini, formules de définition, notamment). Sur le plan historique, il est

33 En gras, les différents procédés ; soulignées, les références à la classe sociale.

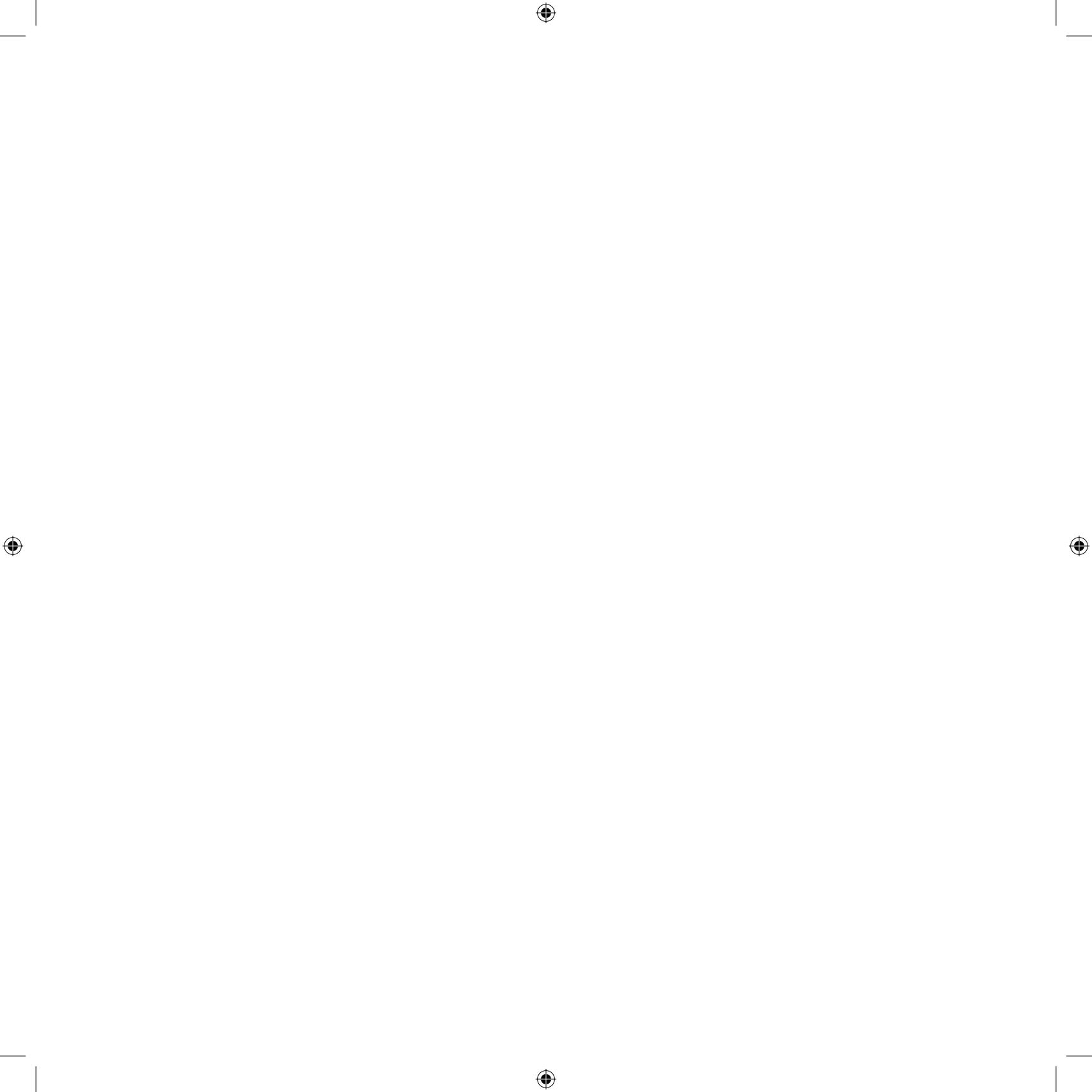
intéressant de noter que la laïcisation des États marque un changement de plan : l'ennemi de Dieu devient l'ennemi de la Nation, ce qui permet le maintien de la diabolisation symbolique. Toutefois, on ne peut nier des résurgences de la croyance diabolique, ne serait-ce qu'au moins par le jeu des métaphorisations, ce qui maintient de la sorte dans les discours en circulation l'arrière-plan de la lutte entre Bien et Mal. D'autres représentations de l'ennemi, qui pourraient à première vue sembler en concurrence avec les représentations du diable, telles que les métaphores animalières ou médicales, participent en fait du même mouvement de dépersonnalisation : la biologisation, s'appuyant sur des faits et non des points de vue, se donne à voir comme rigoureuse et indiscutable, rendant le discours haineux non plus axiologique mais scientifique. La condition de sa vérité ne se pose pas, à l'ombre du scientisme. Toutefois, le choix des métaphores décrivant l'ennemi reste du domaine de l'analogie et non de la démonstration, rejoignant en cela les plus traditionnelles stratégies argumentatives de la propagande. Le discours scientifique aurait-il donc remplacé, en surface, la métaphysique classique ?

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- ANGENOT, M., 1982, *La Parole pamphlétaire. Contribution à la typologie des discours modernes*, Paris, Payot.
- ASHBY, G., 1979, «Le diable et ses représentations dans quelques chansons de geste», *Le diable au moyen âge*, *SENEFIANCE*, 3; 9-21.
En ligne : <http://books.openedition.org/pup/2641>
- BERCOVI-HUARD, C., 1978, «L'exclusion du sarrasin dans la *Chanson de Roland*: vocabulaire et idéologie: «Co est une gent ki unches ben ne volt» (v. 3231)», *Exclus et systèmes d'exclusion dans la littérature et la civilisation médiévales*, *SENEFIANCE*, 3; 345-361.
En ligne : <http://books.openedition.org/pup/3225>
- BOUDOU, B., 2013, «Ennemis, hôtes et étrangers. Enquête sur les identités politiques grecque et romaine», *Mots, Les langages du politique*, 101; en ligne : <http://mots.revues.org/21218>
- BROSSAT, A., 1998, *Le Corps de l'ennemi. Hyperviolence et démocratie*, Paris, La Fabrique.
- BUTLER, J., 1997, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, New York, Routledge.
- CARDI C. & PRUVOST G. (éds.), 2012, *Penser la violence des femmes*, Paris, La Découverte.
- CHENAULT, C., 2008, «Le Diable, une figure toujours d'actualité», *Terrain*, 50; en ligne : <http://terrain.revues.org/9173>
- CORTEN, A., 2005, ««Le mal existe». Religion et néoconservatisme dans le discours de George W. Bush», *Mots. Les langages du politique*, 79; en ligne : <http://mots.revues.org/1282>
- DREUILLE, J.-F., 2012, «Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion», *Jurisprudence*, 3; 149-165.
- ECO, U., 2014, *Construire l'ennemi et autres écrits occasionnels*, Paris, Grasset.
- FRANKFURTER, D., 2008, «Le mal et ses complots imaginaires. Du cannibalisme des premiers chrétiens aux abus rituels sataniques», *Terrain*, 50; 14-31.
- GRANGÉ, N., 2003, «Cicéron contre Antoine: la désignation de l'ennemi dans la guerre civile», *Mots. Les langages du politique*, 73; en ligne : <http://mots.revues.org/15512>
- GUILHAUMOU, J., 1986, «L'historien du discours et la lexicométrie», *Histoire & Mesure*, 1 -3/4; 27-46.

- GULICKSON, G., 1996, *Unruly women of Paris. Images of the Commune*, Ithaca.
- KALUSZYNSKI, M., 2008, «Le retour de l'homme dangereux», *Champ pénal/Penal field*, 5; en ligne: <http://champpenal.revues.org/6183>
- KERBRAT-ORECCHIONI, C., 1980, *L'énonciation. De la subjectivité dans le langage*, Paris, A. Colin.
- LAGORGETTE, D., 1995, «Avoir a nom: étude diachronique de quelques expressions qui prédisent le nom», *LINX*, 32; 113-132.
- LAGORGETTE, D., 2005, «La vérité du nom: métadiscours sur le *droit nom*, métadiscours sur l'origine?», *Bien dire, Bien apprendre*, 23, E. Gaucher éd., Lille, Presses de l'Université de Lille 3; 277-293.
- LAGORGETTE, D., 2011, «À qui la faute? La femme révoltée, monstre pour le droit et le bon père de famille», *Le Genre, une question de droit?*, *Jurisprudence* 2; 139-151.
- LAGORGETTE, D., 2012, «La violence des femmes saisie par les mots. «Sorcière», «Tricoteuse», «Vésuvienne», «Pétroleuse»: un continuum toujours vivace?», *Penser la violence des femmes*, G. Pruvost et C. Cardi éd., Paris, La Découverte; 375-387.
- LAGORGETTE, D., VINCENT, D., BERNARD BARBEAU, G., 2011, «Interdits sociaux et délits: nègre et juif dans des discours de dérision», *Langues et linguistique*, 34; 27-36.
- LAGORGETTE, D., VINCENT, D., BERNARD BARBEAU, G., GAGNÉ, C., SOW, F., 2014, «Les désignatifs collectifs comme révélateurs de tensions sociales: le cas de *nègre* et de *juif*», *Cahiers de praxématique*, 58; 49-82.
- RAMEL, F., 2004, «Presse écrite et traitement immédiat du 11 septembre: un imaginaire occidental réactivé?», *Mots. Les langages du politique*, 76; en ligne: <http://mots.revues.org/2653>
- REY, A., 1998, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert; 3 vol.
- STEUCKARDT, A., 2002, «Les ennemis selon *L'Ami du peuple*, ou la catégorisation identitaire par contraste», *Mots. Les langages du politique*, 69; en ligne: <http://mots.revues.org/10023>
- WATHELET-WILLEM, Jeanne. *Les Sarrasins dans le «Cycle de Vivien»*, In: *Images et signes de l'Orient dans l'Occident médiéval*, *SENEFIANCE* 11; 357-369. En ligne: <http://books.openedition.org/pup/2880>

APPROCHE SOCIOLOGIQUE



LA DOCTRINE DU « DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI » LINÉAMENTS D'UNE APPROCHE SOCIOLOGIQUE

DOMINIQUE LINHARDT* ET CÉDRIC MOREAU DE BELLAING**

« Celui qui range l'ennemi sous la catégorie du criminel ordinaire, ne doit pas s'étonner que les notions de "procédure pénale" et de "guerre" se brouillent. »

Günther Jakobs¹

Introduction

La doctrine dite du « droit pénal de l'ennemi », au sens précis que Günther Jakobs a donné à cette expression en 1985², a une préhistoire: elle amalgame des conceptions nées à différents moments et dans une pluralité de lieux, et il est assurément important de démêler cette généalogie faite d'emprunts variés, explicites et implicites, pour mieux situer cette doctrine dans l'histoire de la pensée pénale et en cerner la rationalité.

* Dominique Linhardt, Chargé de recherche au CNRS, Institut Marcel Mauss, Laboratoire interdisciplinaire d'études sur les réflexivités (EHESS/CNRS).

** Cédric Moreau de Bellaing, Maître de conférences à l'ENS Paris, chercheur à l'Institut Marcel Mauss, Laboratoire interdisciplinaire d'études sur les réflexivités (EHESS/CNRS).

1 Günther JAKOBS, « Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht », *Ritsumeikan Law Review*, n° 21, 2004, p. 101.

2 Günther JAKOBS, « Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 97, n° 4, 1985, p. 751-785.

Plusieurs contributions à ce dossier thématique s'attellent à cet effort archéologique.

Notre contribution engage une perspective différente pour éclairer la doctrine du droit pénal de l'ennemi. Car, si celle-ci a une préhistoire, elle a aussi, déjà, une histoire. Au cours des trente dernières années, elle a circulé dans plusieurs espaces socio-politiques, où elle a fait l'objet d'usages et donné lieu à des débats intenses. Et dans ce mouvement, la doctrine s'est elle-même transformée dans son contenu: elle ne se formule plus aujourd'hui exactement de la même manière que dans l'Allemagne des années 1980, elle ne soulève plus les mêmes difficultés et elle ne se rapporte plus aux mêmes enjeux.

L'objectif de notre contribution se comprend à ce croisement: elle ambitionne de rapporter les torsions internes subies par la doctrine du droit pénal de l'ennemi aux déplacements de contexte en contexte qu'elle a connus au cours du temps. Ainsi notre contribution se comprend comme une sociologie de la connaissance appliquée à la genèse et aux usages d'une entreprise de dogmatique juridique et aux prises de position contrastées, d'adhésion ou de rejet, qu'elle a suscitées³.

3 L'analyse ici présentée s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche qui a obtenu le soutien de l'Agence nationale de la recherche (« Ni guerre, ni paix? Les nouages de la violence et du

Une sociologie de la connaissance d'une entreprise de dogmatique juridique: principes d'analyse

Le principe de toute sociologie de la connaissance est de rapporter des contenus cognitifs à ses environnements sociaux. Ce principe accepté, s'ouvre un large éventail d'options, ces environnements pouvant être envisagés de façons multiples. L'approche que nous privilégions adopte les perspectives ouvertes par la sociologie pragmatique⁴. Les environnements sont alors compris comme des «épreuves», comme des situations collectivement reconnues comme problématiques, dans lesquelles les catégories ordinaires de l'entendement relatives à telle ou telle réalité du monde commun apparaissent inappropriées, équivoques ou incertaines et réclament, dès lors, d'être reconsidérées, révisées, parfois même refondées⁵.

droit dans la formation et la transformation des ordres politiques», convention n°ANR-13-BSH1-0003-01 du 3 octobre 2013). Les auteurs remercient par ailleurs la Mission de recherche Droit et justice pour le soutien qu'elle a apporté à la première phase de ce projet de recherche.

⁴ Voir Yannick BARTHE, Damien de BLIC, Jean-Philippe HEURTIN, Éric LAGNEAU, Dominique LINHARDT, Cédric MOREAU de BELLAING, Catherine RÉMY, et Danny TROM, «Sociologie pragmatique: mode d'emploi», *Politix*, 2013, n° 103, p. 175-204.

⁵ Pour une explicitation de la notion d'épreuve dans la perspective de la sociologie cognitive, voir Cyril LEMIEUX, «Jugements en action, actions en jugement. Ce que la sociologie des épreuves peut apporter à l'étude de la cognition», in Fabrice Clément et Laurence Kaufman (dir.), *La sociologie cognitive*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2011, p. 249-274. Voir également, sur des thématiques proches de celle que nous abordons dans la présente communication, Dominique LINHARDT et Cédric MOREAU de BELLAING, «Légitime violence? Enquêtes sur la réalité de l'État démocratique», *Revue française de science politique*, 2005, vol. 55, n° 2, p. 269-298; Dominique LINHARDT, «Épreuves d'État. Une variation sur la définition wébérienne de l'État», *Quaderni*, 2012, n° 78, p. 5-22; Cédric MOREAU de BELLAING, «L'État, une affaire de police?», *Quaderni*, 2012, n° 78, p. 85-104.

La notion d'épreuve permet de comprendre des situations controversées comme des moments où ce qui est disputé nous renseigne sociologiquement sur les processus sociaux qui se trouvent explicités dans lesdites situations. En ce sens, les effets de connaissance produits dans ces contextes d'épreuve se rendent manifestes par le *surcroît de réflexivité* par lequel les personnes, les groupes et les institutions concernés par ces épreuves s'efforcent de rétablir une intelligibilité et visent, par-là même, à se redonner une prise sur les problèmes auxquels ils sont confrontés. Ce surcroît de réflexivité est en même temps un élément qui nous renseigne sur ce qui se joue dans l'épreuve et un élément constitutif de l'épreuve elle-même.

Notons cependant que si les transformations de l'entendement sont, dans cette perspective, toujours comprises dans le rapport indexical qu'elles entretiennent à des épreuves, dans leur réalité concrète et située, cela n'aboutit pas à réduire les effets de connaissance à leur contexte d'occurrence, puisqu'une fois constituée, une nouvelle forme d'entendement est susceptible de cheminer et de se généraliser. Pour ne prendre qu'un exemple: si, du point de vue de la sociologie de la connaissance, on gagne à comprendre le *Léviathan* en le rapportant aux épreuves auxquelles a donné lieu la guerre civile anglaise, la validité de la théorie hobbesienne de l'État dépasse ce contexte, précisément par les effets de connaissance qu'il a engendrés. Toutefois, cette validité de la théorie ne se rend sociologiquement descriptible que par l'intermédiaire de la façon dont elle circule et se transforme de contexte d'épreuve en contexte d'épreuve.

D'une certaine obsolescence de la séparation entre le crime et la guerre

Cette approche se révèle particulièrement opératoire pour saisir la spécificité de la doctrine du droit pénal de l'ennemi. Celle-ci, en effet, se situe dans une

conjoncture particulière, qui se caractérise par l'existence de situations de violence qui provoquent des hésitations, des ambiguïtés et des embarras. Le développement d'une importante littérature consacrée aux « nouveaux conflits » témoigne de ces configurations violentes aux contours incertains.

Ces travaux formulent le constat suivant : qu'il s'agisse de guerres, de guerres civiles ou de rébellions, de terrorisme, de criminalité organisée ou de répression, les situations de violence auraient, dans la période contemporaine, des caractéristiques qui les distingueraient de façon marquée des situations de violence que l'on connaissait sous le même nom par le passé⁶. De là découlent les incertitudes causées par ces nouveaux conflits lorsqu'on cherche à les décrire avec les catégories calibrées sur les conflits auxquels, par construction, ils ne correspondent plus qu'imparfaitement. Ces nouvelles formes de conflictualité fonctionnent à la manière d'épreuves ; elles mettent au moins partiellement en déroute les catégories habituelles avec lesquelles les

situations de violence ont été abordées ; elles sont par conséquent les théâtres de recompositions, plus ou moins poussées, de ces catégories.

Toutefois, la seule prise en compte de la nouveauté n'a qu'une utilité limitée puisqu'en en restant à ce seul constat, on ne fait guère plus qu'enregistrer que les conflits et les violences ne sont plus aujourd'hui ce qu'ils ont jadis été. Cela ne permet donc ni de caractériser ce que les conflits et les violences ont été ni d'établir en quoi les nouveaux conflits et violences s'en distinguent. Il importe par conséquent de spécifier le sens, laissé le plus souvent à l'état d'implicite, que ce constat de la nouveauté est susceptible de revêtir.

Dans cette perspective, une hypothèse peut être formulée : l'universalisation du modèle de l'État national moderne s'est accompagné de la propension à opérer une distinction de plus en plus nette entre l'idéaltype de la violence interne et celui de la violence externe ; aux violences internes a été réservée la catégorie du crime et leur traitement a été pensé comme devant relever de procédures juridico-policières réglées, encadrées notamment par le droit pénal ; aux violences externes a été réservée la catégorie de la guerre et elles devaient, elles aussi, être soumises à des règles, celles que le droit de la guerre et le droit international humanitaire, des traités de Westphalie aux conventions de La Haye et de Genève, ont progressivement codifié. Cette structuration binaire des types de violence et des formes juridiques qui leur ont été associées a donné naissance à une série de dichotomies dérivées qui ont fourni les catégories principales permettant d'identifier à quel genre de violence correspond une situation donnée. Le partage entre ces types de nouages de la violence et du droit a permis d'établir, avec un degré élevé de certitude, la différence entre une bataille et une émeute, entre un État et une organisation criminelle, entre une institution militaire et des forces de l'ordre, entre une armée régulière et une milice, entre la sécurité et la stratégie, etc.

6 Dans la longue liste des références, voir par exemple Donatella DELLA PORTA, Abby PETERSON, Herbert REITER (eds.), *The Policing of Transnational Protest*, Aldershot et Burlington, Ashgate, 2006 ; Mark R. DUFFIELD, *Global Governance and the New Wars: A Merging of Development and Security*, London et New York, Zed Books, 2003 ; David GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; Frédéric GROS, *États de violence. Essai sur la fin de la guerre*, Paris, Gallimard, 2005 ; Alain JOXE, *L'empire du chaos*, Paris, La Découverte, 2004 ; Mary KALDOR, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Stanford, Stanford University Press, 1999 ; Elke Krahnmann (ed.), *New Threats and New Actors in International Security*, New York, Palgrave Macmillan, 2005 ; Philippe MARCHESIN, *Les nouvelles menaces. Les relations Nord-Sud des années 1980 à nos jours*, Paris, Karthala, 2001 ; Herfried MÜNKLER, *Les guerres nouvelles*, traduit de l'allemand par Catherine MÉTAIS-BÜHRENDT, Paris, Alvik, 2003 ; Peter NEUMANN, *Old and New Terrorism*, Cambridge, Polity Press, 2009 ; Donald M. SNOW, *Uncivil Wars: International Security and the New Internal Conflicts*, Boulder, Lynne Rienner, 1996.

Cette figuration binaire des types de violence et de contre-violences est schématique: les exemples qui pointent vers des phénomènes qui semblent se positionner en excès par rapport à elle ne manquent pas, comme le montrent les difficultés que soulèvent par exemple la peine de mort⁷, la criminalité dite politique⁸ ou encore, sur l'autre versant, les guerres et la domination coloniales⁹. Il n'en reste pas moins qu'il s'est forgé, dans le cours de la modernité politique, un partage entre violences internes et violences externes laissant apparaître les manifestations de violence qui n'y correspondent pas comme dérogatoires d'une normalité qui, dans le même mouvement, s'est affirmé en tant que norme prévalant pour la description de *nouages légitimes de la violence et du droit*. Et de la même manière, les prises de position dans l'espace savant et théorique qui ont été perçues dans leur écart à cette normativité ont eu tendance à être traitées comme des exagérations, des anomalies ou des provocations – lorsqu'elles n'ont pas simplement été vues comme des erreurs.

Cette configuration, dont les contours sont ici brossés à grands traits¹⁰, a le mérite de permettre de préciser le sens du constat de la nouveauté dont seraient aujourd'hui porteuses de nombreuses formes de violence. De l'esquisse de ce partage entre guerre et paix peut se déduire aisément le fait que la perception de la nouveauté des configurations violentes contemporaines procède d'un débordement de ce cadre binaire dans lequel les rapports de violence ont été contenus. Débordement d'ampleur si grande qu'il n'est d'une certaine façon plus possible de relativiser et de normaliser des écarts devenus trop manifestes. Or c'est sous cet angle que se spécifie l'intérêt sociologique que présente la doctrine du droit pénal de l'ennemi: cette doctrine peut se comprendre comme une tentative de remplir d'un contenu le vide laissé par la « nouveauté », en assumant la transgression d'une limite qui auparavant apparaissait, sinon de fait du moins en théorie, étanche, et en figurant ainsi de *nouveaux nouages de la violence et du droit*¹¹. L'expression même de « droit pénal de l'ennemi » l'indique en ce qu'elle associe le droit pénal, jusqu'ici lié à la violence criminelle,

7 Voir Pascal BASTIEN, *Histoire de la peine de mort. Bourreaux et supplices: Paris, Londres, 1500-1800*, Paris, Éditions du Seuil, 2011; David GARLAND, *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition*, Cambridge (MA), Belknap Press of Harvard University Press, 2010; Austin SARAT (ed.), *The Killing State: Capital Punishment in Law, Politics, and Culture*, New York, Oxford University Press, 1999.

8 Voir Frank E. HAGAN, *Political Crime: Ideology and Criminality*, Boston, Allyn and Bacon, 1997; Henri LÉVY-BRUHL, « Les délits politiques. Recherche d'une définition », *Revue française de sociologie*, vol. 5, n° 2, 1964, p. 131-139; Jeffrey Ian ROSS, *The Dynamics of Political Crime*, Thousand Oaks (CA), Sage, 2003.

9 Olivier LE COUR GRANDMAISON, *Coloniser, exterminer. Sur la guerre et l'État colonial*, Paris, Fayard, 2005; Laure BLÉVIS, *Sociologie d'un droit colonial: citoyenneté et nationalité en Algérie (1865-1947)*, thèse de doctorat, Université Paul Cézanne, Marseille et Aix-en-Provence, 2004.

10 Pour des développements un peu plus approfondis relatifs à cette stratégie de recherche, voir Dominique LINHARDT, Cédric MOREAU de BELLAING, « "Entendre le grondement de la bataille": ordres démocratiques et logiques de guerre », communication au XI^e congrès de l'AFSP, Strasbourg, 2011; Dominique LINHARDT, Cédric Moreau de BELLAING (coord.), « Ni guerre, ni paix », dossier thématique de la revue *Politix*, n° 104, 2013.

11 Notons que la doctrine du droit pénal de l'ennemi n'est pas le seul discours à s'engouffrer dans le vide laissé par la perception de l'obsolescence du cadre dominant dans lequel les conflits et les violences étaient réputés prendre sens. Nous ne pouvons pas nous arrêter ici sur d'autres discours, dont certains au demeurant ne suscitent pas le même degré de dégoût légitime que le droit pénal de l'ennemi. Mais la façon dont nous abordons la doctrine du droit pénal de l'ennemi doit être comprise dans cet horizon comparatif des différentes tentatives de rétablir des cadres d'intelligibilité par lesquels une nouvelle prise sur les conflits et les violences est supposée devenir possible.

et l'ennemi, qui appartenait quant à lui à l'ordre de la violence guerrière.

Mais le rapprochement entre la doctrine du droit pénal de l'ennemi et les réalités visées par les sociologies des « nouveaux conflits » ne saurait suffire en soi. Pour prendre toute la mesure de la réponse que le droit pénal de l'ennemi propose d'apporter à l'inintelligibilité des violences actuelles au regard de l'étalon implicite ayant pris forme au XIX^e siècle, il convient de considérer cette doctrine dans les différentes étapes de son développement et envisager comment chacun des déplacements qu'elle connaît s'éclaire au regard de contextes d'épreuves précis.

Le mouvement qui va être esquissé a alors pour objectif de montrer comment la trajectoire empruntée par la doctrine du droit pénal de l'ennemi conduit d'un point de départ où elle se présente comme un contrepoint critique du droit pénal interne d'un État démocratique – en l'occurrence l'Allemagne fédérale –, à un point d'arrivée (sans doute provisoire) où elle se présente comme un contrepoint critique du droit de la guerre, dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, entreprise à une échelle globale par les États-Unis dans les suites des attentats du 11 septembre 2001. La forme même de cette trajectoire, qui va d'un côté à l'autre de ce qui a longtemps été tenu pour séparé, confirme alors le constat de la mise en cause de cette même séparation.

Francfort, 1985 – Berlin, 1999: la doctrine du droit pénal de l'ennemi vue d'Allemagne

Avant de décrire ce mouvement, il est cependant nécessaire de dire un mot de la façon dont la doctrine du droit pénal de l'ennemi est ordinairement mise en récit – car il en sera présenté ici une version qui s'en distingue notablement. La différence se situe essentiellement dans le fait de ne pas s'en tenir uniquement au foyer allemand et européen du droit pénal de l'ennemi, mais de considérer la carrière de la doctrine d'abord, à partir

des années 1990, en Amérique latine, et ensuite, à partir des années 2000, dans le cadre à la fois nord-américain et international de la « guerre contre le terrorisme ».

Quel est donc le récit habituellement produit lorsqu'il s'agit d'examiner le développement de la doctrine du droit pénal de l'ennemi¹². Ce récit s'articule le plus souvent autour de deux dates. Ces deux dates correspondent à deux interventions importantes de G. Jakobs. La première est une communication que le juriste a donnée au Congrès des enseignants en droit pénal (*Strafrechtslehrertagung*) qui s'est tenu à Francfort en mai 1985 sur le thème des « évolutions récentes de la criminalité et ses conséquences sur le droit pénal ». C'est dans cette communication qu'il affirme, pour la première fois, l'existence d'un droit pénal de l'ennemi¹³. La seconde correspond à un commentaire donné en octobre 1999 à Berlin lors d'une manifestation scientifique importante pour les pénalistes allemands qui avait pour objet d'identifier les défis de la science du droit pénal (*Strafrechtswissenschaft*) au seuil du nouveau millénaire¹⁴. Dans ce commentaire non seulement

12 En guise d'exemples, Martin ASHOLT, « Die Debatte über das, Feindstrafrecht » in Deutschland - Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts? », *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, vol. 6, n° 4, 2011, p. 180-192; Jörg ARNOLD, « Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen », *HRRS: Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, n° 8-9, 2006, p. 303-315.

13 Le texte de cette communication a fait l'objet d'une publication dans la même année dans une revue importante du domaine : Günther JAKOBS, « Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 97, n° 4, 1985, p. 751-785.

14 Les actes de ces journées, contenant le commentaire de G. Jakobs, ont été publiés en 2000 : Günther JAKOBS, « Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) », in Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick. Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der*

confirme-t-il l'existence du droit pénal de l'ennemi et en précise-t-il les contours, mais il en reconnaît de surcroît la nécessité¹⁵.

Ce changement d'accent explique les différences entre les réactions suscitées par l'une et l'autre de ces interventions. La première ne fait guère de bruit et, lorsqu'elle retient l'attention, l'intérêt qu'on lui porte est plutôt bienveillant. En effet, la tonalité générale est de considérer, premièrement, que les réalités mises au jour par G. Jakobs ne sont pas contestables, deuxièmement, que l'analyse à laquelle il les soumet n'est pas dénuée de pertinence tant et si bien que, troisièmement, la notion de droit pénal de l'ennemi par laquelle il résume cette analyse apparaît comme une conception légitime, à condition qu'elle soit, quatrièmement, utilisée pour soumettre à la critique certaines des transformations récentes du système de la protection de l'État allemand, transformations qui par ailleurs, au moment où G. Jakobs s'exprime, ne manquent pas de soulever dans la corporation des juristes d'importantes inquiétudes¹⁶. Bref, sans constituer une révolution scientifique, la communication de 1985 est reçue comme une contribution utile, bien que nécessitant certains approfondissements et correctifs, au diagnostic qu'il convenait de porter sur les égarements de certaines pratiques pénales. Le degré maximal de rejet de la thèse présentée par G. Jakobs vise, à cette date, tout au plus une certaine inutilité ainsi que le caractère forcé de l'opposition entre le «citoyen» et l'«ennemi», mais

n'implique encore à aucun moment l'idée que l'entreprise de G. Jakobs constitueraient un quelconque danger¹⁷.

Pour saisir au mieux la réception de cette première ébauche de la doctrine du droit pénal de l'ennemi, il importe de constater la convergence qu'elle dessine avec le débat récurrent suscité par les politiques pénales dans l'Allemagne des années 1970 et 1980. En effet, la communication de G. Jakobs devant ses collègues ne se présente pas *prima facie* comme un effort pour définir un droit pénal de l'ennemi, un concept qui joue en réalité un rôle fort incident dans son analyse. L'objet principal qu'elle se propose de traiter est autre, à savoir la tendance croissante à la «*Vorverlagerung*» de l'intervention pénale, autrement dit la propension à traiter les crimes et délits de plus en plus souvent «par anticipation», «en amont» – «*im Vorfeld*» – de leur réalisation effective, tendance à propos de laquelle G. Jakobs estime qu'elle soulève un problème de «légitimation». Or il s'agissait là, au milieu des années 1980, d'une thématique convenue, déjà amplement défrichée par d'autres et centrale dans le contexte de la critique des dérives de l'État de droit au moins depuis l'ouvrage publié par Sebastian Cobler en 1976¹⁸.

Cette perception ne pouvait être que renforcée par les exemples choisis par G. Jakobs dans sa communication pour illustrer son diagnostic. Ces exemples proviennent en effet en grande partie des dispositions mobilisées dans le combat mené par l'État ouest-allemand depuis le début des années 1970 contre des groupes armés

Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, München, C. H. Beck, 2000, p. 47-56.

15 Considérant que le nombre des ennemis aura à l'avenir plutôt tendance à croître qu'à diminuer, il estime ainsi 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.» *Ibid.*, p. 53.

16 Comme en témoigne, parmi d'autres manifestations, l'importance prise en Allemagne par la revue *Kritische Justiz*.

17 Voir les réactions de Rolf-Peter Callies, Ingeborg Puppe, Hans J. Hirsch, Eberhard Schmidhäuser, Klaus Tiedemann, Michael Köhler et Wolfgang Naucke à la communication de G. Jakobs, telles qu'elles sont retranscrites dans le compte rendu de Walter GROPP, «Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1985 in Frankfurt a. M.», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 97, n° 4, 1985, p. 919-953.

18 Sebastian COBLER, *Die Gefahr geht von den Menschen aus: der vorverlegte Staatsschutz*, Berlin, Rotbuch-Verlag, 1976.

révolutionnaires – groupes dont la *Rote Armee Fraktion*, sans être le seul, est le plus emblématique : les références principales auxquelles il a recours sont ainsi le paragraphe 129a du Code pénal définissant le fait de « formation d'une organisation terroriste », le paragraphe 126 punissant les « troubles à l'ordre public par la menace d'actes délictueux », le paragraphe 83 sanctionnant la « préparation d'une entreprise de haute trahison », le paragraphe 267 visant des actes de « falsification de documents » ou encore le paragraphe 87 frappant de peine la « fomentation d'actes de sabotage », ainsi que quelques autres.

Ce sont donc ces exemples de dispositions, directement empruntés à l'histoire récente de la lutte contre le terrorisme en Allemagne fédérale et ayant en ligne de mire l'appartenance à des organisations criminelles ou bien la préparation d'actes criminels ou parfois même seulement la simple incitation à les commettre, sur lesquels se fonde G. Jakobs pour affirmer sa thèse relative à la logique de l'anticipation qu'il voit à l'œuvre dans des proportions grandissantes. Au cœur de cette thèse se trouve l'argument selon lequel ces dispositions n'auraient plus pour objet de punir des actes constitutifs de manifestations matérielles, externes et publiques, comme le principe en est affirmé par la doctrine, mais des comportements appartenant à ce que G. Jakobs appelle la « sphère interne », l'espace de la vie privée voire intime des personnes, comportements qui sont, au mieux, l'expression d'intentions sans conséquences en elles-mêmes sur l'ordre public et n'appartenant donc pas, en principe, au domaine d'intervention légitime de la puissance publique.

C'est cette introduction dans la sphère personnelle pour y débusquer des intentions cachées qui amène G. Jakobs à conclure que l'État, en procédant de la sorte, ne traite plus les sujets comme des « citoyens » ou, selon une terminologie qu'il semble parfois privilégier, comme des « personnes », mais bien en « ennemis » au sens où

ils seraient porteurs d'une menace pour la validité normative et cognitive que réclame tout ordre social pour être viable. Ce qui déclenche, dès lors, l'intervention pénale, c'est l'action préventive orientée vers des sujets qui se seraient soustraits aux valeurs communes de façon si fondamentale qu'ils sont réputés ne plus appartenir au collectif des citoyens, auquel, telle est l'hypothèse implicite, ils s'attaqueraient si on les laissait faire.

G. Jakobs ne s'en tient pas, pour articuler ce diagnostic, aux seules dispositions mobilisées dans le domaine de la lutte contre le terrorisme. Il choisit également de se référer à d'autres dispositions qui concernent la criminalité organisée, la criminalité économique ou encore la criminalité sexuelle. Reste que c'est le contexte du terrorisme tel que l'Allemagne l'a connu dans les années 1970 et 1980 qui ordonne et réaligne les autres références autour d'une définition très particulière de l'ennemi. L'ennemi n'est pas conçu, en effet, sous un rapport militaire ou partisan, comme un individu, un groupe ou une organisation qui poursuit des objectifs stratégiques et provoque dans ce but un affrontement avec les institutions de l'État. L'ennemi, dans cette figuration, apparaît plutôt comme un *citoyen déloyal* qui, en raison d'une idéologie radicale, d'une soif d'enrichissement ou d'une économie pulsionnelle dérangée, embusqué dans les espaces privés dont l'État de droit garantit l'inviolabilité, rompt en pensées sinon en actes avec les valeurs fondatrices de l'appartenance commune à la société politique.

On comprend, encore une fois, en quoi cette analyse ne heurterait guère, en 1985, l'entendement commun : elle semblait seulement prétendre occuper une place dans l'espace des positions possibles autour d'une question cruciale depuis la naissance de la République fédérale : comment établir les conditions légitimes d'une « *wehrhafte* » ou d'une « *streitbare Demokratie* », d'une démocratie, autrement dit, qui soit capable de se défendre contre ceux qui, profitant des garanties et des

libéralités qu'elle offre, refusent d'adhérer à ses valeurs, les minent de l'intérieur et éventuellement finissent par la subvertir et par l'attaquer¹⁹? L'utilité de l'analyse de G. Jakobs, lorsqu'elle était reconnue, était jugée résider dans le fait qu'elle éclairait cette problématique sous un nouveau jour.

La réception du commentaire donné en 1999 se distingue de ce point de vue de façon importante: les réactions identifiaient cette fois dans la doctrine du droit pénal de l'ennemi, désormais pleinement formulée et assumée, un véritable scandale. Et ce scandale aurait une origine précise: il résiderait dans le basculement d'une approche descriptive à une position normative²⁰, c'est-à-dire dans le fait que G. Jakobs n'utiliserait plus seulement l'idée d'un droit pénal de l'ennemi pour circonscrire certains développements saillants des pratiques pénales, mais pour défendre leur mérite dans des situations où les procédures pénales ordinaires, qui reconnaissent et respectent les droits procéduraux des sujets, et les traitent par conséquent en « personnes », sont impropres à permettre à la société de se défendre efficacement. Le débat, à partir de ce moment, se reconfigurera durablement autour de la question de la légitimation théorique fournie par la doctrine du droit pénal de

l'ennemi à des pratiques répressives perçues comme une mise en cause des droits de l'Homme.

Face à ces critiques, se défend en affirmant que sa position n'a en rien changé depuis 1985. Il ne cesse ainsi de rappeler qu'il reste ce qu'il a toujours été: un « scientifique du droit » qui « observe simplement le système juridique de l'extérieur et [...] essaie de comprendre pourquoi le système est ainsi, comme il est »²¹. Il ne ferait donc que prendre acte de ce qui s'impose à l'observateur attentif comme un constat: le droit pénal de l'ennemi vient qualifier un état de fait qui existe sous la forme de dispositions, de mesures, de procédures effectives. Ce faisant, son objectif serait de faire apparaître une équivoque constitutive – au demeurant réelle²² – des doctrines pénales modernes, la rendre explicite et réflexive, de sorte à éviter que le droit pénal réservé au citoyen ne soit « contaminé » de façon incontrôlée par le droit pénal applicable à l'ennemi²³. On comprend, à l'inverse, ce que cette position peut avoir de sulfureux aux yeux des critiques de G. Jakobs, puisque ce qu'il présente comme un simple état des lieux (« *Bestandsaufnahme* ») pousserait à assumer la part inaperçue, honteuse et volontiers dissimulée du droit pénal²⁴, ce qui peut potentiellement avoir un effet libérateur. Car, dans la mesure où le droit pénal de l'ennemi est réputé exister, y compris dans les législations les plus libérales, plus rien

19 À propos de la « *wehrhafte Demokratie* », voir Markus THIEL M. (ed.), *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, Aldershot et Burlington, Ashgate, 2009. Pour un aperçu de ses usages dans le contexte allemand, voir Michael BRENNER, « Die wehrhafte Demokratie: eine Lehre aus Weimar? », in Eberhard Eichendorfer (Hrsg.), *80 Jahre Weimarer Rechtsverfassung – Was ist geblieben?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, p. 95-115; Hans-Gerd JASCHKE, *Streitbare Demokratie und innere Sicherheit: Grundlagen, Praxis und Kritik*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1991; Regina OGEREK, « Wie wehrhaft ist der Staat? Zum Problem präventiver Terrorismusbekämpfung », in *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften. Berichte und Abhandlungen. Band 12*, Berlin, Akademie Verlag, 2006, p. 113-129.

20 Sur cette question, voir Tatjana HÖRNLE, « Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs "Feindstrafrecht" », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 153, n° 2, 2006, p. 80-95.

21 Günther JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2009, p. 7.

22 Jean-Louis HALPÉRIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2010, p. 9-16.

23 Günther JAKOBS, « Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit », *HRRS: Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, n° 8-9, 2006, p. 289-297.

24 Raison pour laquelle G. Jakobs se plaît à souligner que son point de vue n'est pas « politiquement correct ». *Ibid.*, p. 289.

ne s'opposerait au développement de politiques pénales conformes à ses principes, désormais explicites.

Du citoyen déloyal au citoyen oppositionnel: la réception de la doctrine du droit pénal de l'ennemi dans le monde ibéro-américain

Comprendre la façon dont le débat se reconfigure en Allemagne à partir de l'extrême fin des années 1990, en produisant au demeurant toute une série d'effets rétrospectifs sur celui qui avait commencé à poindre au milieu des années 1980, nécessite de prendre en compte les changements des contextes de pertinence de la doctrine du droit pénal de l'ennemi et donc les changements dans les types d'épreuves auxquels elle se rapporte. Dans cette perspective, il importe de considérer sa réception, dès le début des années 1990, dans le monde ibéro-américain.

Il existe un intérêt fort, historiquement constitué, des pénalistes hispanophones et lusophones pour le travail théorique des pénalistes allemands – de Karl Binding à Franz von Liszt et de Gustav Radbruch à Hans Welzel. Dans les années 1970 et 1980, cet intérêt se portait tout particulièrement sur Claus Roxin. Et cet intérêt s'est par la suite étendu à son collègue G. Jakobs, un élève de H. Welzel, avec qui C. Roxin partageait une approche du droit pénal inspirée de la théorie des systèmes²⁵. Les travaux de G. Jakobs ont ainsi été lus et traduits à partir de la fin des années 1980 et, à partir du début des années 1990, le juriste a été régulièrement reçu en Espagne et en Amérique latine, tout particulièrement en Colombie, où il est devenu une figure reconnue dans le cercle des pénalistes. C'est dans ce contexte d'échanges et de rencontres académiques, à l'écart et sans rétroaction notable sur son contexte d'origine, que la doctrine du droit pénal de l'ennemi a poursuivi sa carrière. Encore

aujourd'hui, les spécialistes les plus réputés de cette doctrine, qu'ils y soient favorables ou opposés, sont des juristes latino-américains²⁶.

Le véhicule emprunté par ce déplacement a été la catégorie de terrorisme qui, comme cela a été dit, a servi d'orientation à l'élaboration de la première ébauche de la doctrine du droit pénal de l'ennemi²⁷. C'est dans cette perspective qu'elle a en effet été reprise en Espagne et en Amérique latine. Car l'Espagne et de nombreux États sud-américains avaient également affaire à des problèmes qualifiés avec la catégorie du terrorisme. C'est le cas en Espagne confrontée au séparatisme violent d'ETA – et il n'est dès lors pas étonnant que ce soit à propos de certaines mesures législatives adoptées dans le contexte de la lutte contre le terrorisme basque que la notion de droit pénal de l'ennemi ait été réinvestie²⁸. C'est également le cas dans certains pays d'Amérique latine dont les responsables s'estimaient, eux aussi, aux prises avec des activités terroristes.

Si la catégorie du terrorisme a ainsi permis de transporter la doctrine du droit pénal de l'ennemi d'un contexte à d'autres, il convient toutefois de reconnaître que les épreuves du terrorisme ne sont pas, dans ces différents endroits, exactement de même nature.

26 Sur l'histoire et pour une analyse approfondie de cette réception, voir Karolina VÍQUEZ AZOFEIFA, *Die Rezeption des „Feindstrafrechts“ in Lateinamerika*, thèse de doctorat de droit, Université de Hambourg, 2011.

27 Comme le remarque Manuel Cancio Meliá, « l'heure de vérité du droit pénal de l'ennemi réside dans le droit pénal spécial et plus exactement dans les actes de terrorisme ». Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, Reus, 2010, p. 21.

28 Cela a été le cas, en particulier, de la loi adoptée dans le courant des années 1990 sur la « responsabilité des mineurs » qui visait directement des groupes de jeunes qui se faisaient appeler les « *Kale Borroka* » et s'engageaient dans des violences de rues dans les provinces espagnoles du Pays basque et de Navarre. Sur l'importance de cet épisode dans la réception espagnole de la doctrine du droit pénal de l'ennemi, voir *ibid.*, p. 289-290.

25 À ce propos, Mariana SACHER, « Systemtheorie und Strafrecht: Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 118, n° 3, 2007, p. 574-619.

Rappelons que le terrorisme auquel était confrontée l'Allemagne fédérale dans les années 1970 et 1980 était porté par quelques dizaines de militants radicaux, tout au plus équipés de quelques vieux pistolets fournis par des agents est-allemands, dont les capacités d'action létale étaient limitées et qui espéraient essentiellement, par leur action, réveiller la « conscience des masses »²⁹. Conformément à la perspective développée par G. Jakobs, ces militants avaient effectivement rompu avec les valeurs fondamentales de la République fédérale, dans lesquelles ils identifiaient la continuité sournoise du « fascisme ». Et il est vrai, également, que la structure de la lutte engagée par ces militants réside pour une part importante dans le fait d'agir depuis les interstices offerts par l'organisation libérale de la société³⁰. C'est précisément dans les dispositions qui ont pour objet de combler ces interstices, en mettant du même coup en cause l'organisation libérale qui en détermine l'existence, que G. Jakobs identifie les traits d'un droit pénal de l'ennemi qu'il repère ensuite également dans les mesures prises à l'encontre d'autres catégories d'auteurs criminels qui, eux aussi, se caractériseraient par le fait de rompre radicalement et durablement avec l'ordre normatif de la société allemande, tout en restant tapis dans les protections que ce même ordre normatif leur procure.

Si, comme l'affirme G. Jakobs, les dispositions qui relèvent du droit pénal de l'ennemi sont le signe d'un

« déficit de pacification », il faut donc *a minima* admettre que ce « déficit de pacification » est, dans le cas allemand, de faible ampleur. C'est en tout cas ce que révèle le déplacement en Amérique latine. Les « terroristes », c'est-à-dire les « ennemis », ce sont en effet, dans différents contextes latino-américains, des organisations de guérilla, des groupes de paramilitaires ou encore des cartels de narcotrafiquants qu'il est difficile d'assimiler à des citoyens déloyaux profitant des garanties associées à la vie privée pour concevoir des intentions hostiles. Même s'ils peuvent avoir recours à des stratégies d'action clandestine, les « terroristes » tels qu'ils apparaissent en Colombie ou au Mexique, désignent de puissantes organisations, qui comprennent de nombreux membres, disposent de ressources importantes et ont une force de frappe armée qui leur permet de tenir tête aux institutions de force de l'État. De plus, ces organisations agissent souvent au grand jour, contrôlent des territoires entiers et affirment, sinon en paroles du moins en actes, de véritables programmes sociaux et politiques. En d'autres termes, le « déficit de pacification » est dans ces contextes sans commune mesure avec ce qui a pu se rendre descriptible sous ce terme dans n'importe quelle démocratie libérale avancée. Comme le note Manuel Cancio Meliá, le sens même du concept de droit pénal de l'ennemi ne peut qu'être profondément altéré dès lors qu'on l'emploie dans le contexte d'États qui, tels le Mexique, connaissent un taux d'impunité pénale de l'ordre de 95 % et dont l'existence même dépend de la capacité à venir à bout d'organisations armées qui disposent de ressources équivalentes, voire supérieures aux leurs³¹. Dans une telle situation, la seule alternative réaliste au droit pénal de l'ennemi ne serait pas, selon Alvarado Reyes, la pleine réalisation de l'État de droit,

29 « Les bombes contre l'appareil de répression nous les lançons aussi dans la conscience des masses », Rote Armee Fraktion, « Über den bewaffneten Kampf in Westeuropa » (mai 1971), in Michael Hoffmann (Hrsg.), *Rote Armee Fraktion: Texte und Materialien zur Geschichte der RAF*, Berlin, ID-Verlag, 1997, p. 100.

30 Voir à ce propos, Dominique LINHARDT, « *Guerrilla diffusa*. Clandestinité, soupçon et provocation dans le conflit entre organisations révolutionnaires subversives et l'État ouest-allemand (années 1970) », *Politix*, vol. 19, n°74, 2006, p.75-102; Frédéric AUDREN, Dominique LINHARDT, « Un procès hors du commun ? Le procès de la Fraction Armée Rouge à Stuttgart-Stammheim », *Annales HSS*, vol. 63, n°5, 2008, p. 1003-1034.

31 Cité par K. VÍQUEZ AZOFEIFA, *Die Rezeption des „Feindstrafrechts“* ..., *op. cit.*, p. 244.

mais l'effacement, le retrait, peut-être la disparition de l'État lui-même³².

C'est à ce point qu'Alejandro Aponte articule ses analyses pénétrantes sur les usages du droit pénal de l'ennemi en Colombie³³. Selon lui, en effet, il convient de considérer les différences fondamentales entre les situations qui prévalent dans les pays européens et celle qui caractérise un pays comme la Colombie. Alors qu'il ne peut, en Europe, être question d'un « état de guerre », un tel état de guerre est suffisamment prégnant et permanent en Colombie pour que l'on puisse parler d'un pays qui, depuis plus de cinquante ans, « fait l'expérience simultanément de la paix et de la guerre »³⁴. C'est dans ce contexte qu'interviennent, dans les années 1990, une série de mesures, dont le « statut pour la défense de la justice (*« Estatuto para la Defensa de la Justicia »*) – connu également sous le nom de « justice sans visage » – est l'incarnation emblématique. Et ces mesures ont essentiellement pour fonction d'aligner l'appareil judiciaire et policier sur des objectifs proprement militaires, poursuivis dans le combat contre des groupes pour qui l'État est une simple faction dans un conflit armé continu et qui constituent, symétriquement, pour l'État, des belligérants dont le traitement orienté par

le respect des droits civiques ne ferait tout simplement pas sens³⁵.

Ce que le cas extrême de la Colombie révèle, vaut de façon plus générale pour toute la réception de la doctrine du droit pénal de l'ennemi en Amérique latine. En résumé, le constat qui s'impose est le suivant : en raison du niveau des violences et des inégalités qui les caractérise, les sociétés latino-américaines souffrent, comparées aux sociétés européennes, d'un degré d'intégration si faible que la figure du *citoyen déloyal* avancée par G. Jakobs n'y a qu'une pertinence limitée ; de fait, la doctrine du droit pénal de l'ennemi s'étalonne sur une autre figure, celle d'un *citoyen oppositionnel*³⁶. Et cette figure dessine un tout autre *continuum* de l'ennemi,

35 Alejandro APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht...*, p. 145-147 et 230. Ces considérations permettent de comprendre en quoi ce déplacement de la doctrine du droit pénal de l'ennemi lui a permis de devenir une ressource de légitimation explicite pour les acteurs politiques et administratifs dans la justification d'une action qui n'a plus de nécessité de se réclamer du respect de l'État de droit, mais à qui il suffit de démontrer son efficacité pour remporter la « guerre ». On notera ainsi que, par exemple, l'un des principaux partisans de G. Jakobs, Eduardo Montealegre Lynett, a été juge à la cour constitutionnelle colombienne et a œuvré, dans cette position, à traduire dans les faits les principes de la doctrine du droit pénal de l'ennemi. En dehors du contexte colombien, on pourra observer que les récentes législations antiterroristes adoptées en Argentine et au Mexique font très officiellement appel à la doctrine du droit pénal de l'ennemi dans leurs justifications.

36 Voir Gustavo Eduardo ABOSO, « El llamado “derecho penal del enemigo” y el ocaso de la política criminal racional: el caso Argentino », in Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez (dir.), *Derecho penal del enemigo...*, t. I, *op. cit.*, p. 53-78 ; Juan Ignacio PIÑA ROQUEFORT, « La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la “persona” : aspectos del proceso de formación de una estructura social », in Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez (dir.), *Derecho penal del enemigo...*, t. II, *op. cit.*, p. 572-590 ; Alvarado YESID REYES, « Normativismo y Derecho Penal del Enemigo », art. cit. ; Fernando TÍTULO VELÁSQUEZ, « El funcionalismo jakobsiano : una perspectiva latinoamericana », *Revista General de Derecho Penal*, n° 3, 2005, p. 1-30 ; Raúl Eugenio ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

32 Alvarado YESID REYES, « Normativismo y Derecho Penal del Enemigo », in Manuel Cancio Meliá, Carlos Gómez-Jara Díez (dir.), *Derecho penal del enemigo – El discurso penal de la exclusión*, t. II, Madrid, Edisofer, 2006, p. 781-808.

33 Voir tout spécialement Alejandro APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht: Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 2004. Ces analyses, très fondées, ont eu un effet important d'acclimatation de la doctrine du droit pénal promue par G. Jakobs en Amérique latine, même si l'auteur affirme qu'elles ont été menées en partie à l'écart et même en opposition à la ligne mise en œuvre par celui-ci.

34 Cité par K. VÍQUEZ AZOFEIFA, *Die Rezeption des „Feindstrafrechts“...*, *op. cit.*, p. 313.

qui ne va pas du terroriste révolutionnaire au dirigeant mafieux et au prédateur sexuel, mais s'étend de l'agent subversif au guérillero et du milicien au narcotrafiquant.

Une autre façon de mener la guerre ? La légitimation de la lutte globale contre le terrorisme par la référence à la doctrine du droit pénal de l'ennemi

Le détour par le monde ibéro-américain nous semble un élément à prendre en compte dans la façon dont G. Jakobs réinvestit la doctrine du droit pénal de l'ennemi en 1999, dans un cadre académique, rappelons-le, destiné à identifier les grands défis auxquels le droit pénal sera confronté avec l'entrée dans le nouveau millénaire. Élément à prendre en compte car il est fort probable qu'à cette date, la figure de l'ennemi – donc, pour simplifier, celle du terroriste – n'est déjà plus exactement la même que celle qui a informé ses réflexions initiales, et que, dans son esprit, la zone de pertinence de la doctrine pénale de l'ennemi s'est déjà élargie, en s'étendant dorénavant à des configurations où des groupes armés appellent une intervention de l'État au format « militaire » (anciennement réservé, du moins au plan normatif, à des guerres d'État à État).

Or ce déplacement n'est pas sans rentrer en résonance avec les transformations de la perception de la menace terroriste dans les années 1990, période au cours de laquelle les terrorismes révolutionnaire, séparatiste et nationaliste perdent en acuité au regard de la montée de la menace islamiste. Il n'y a certes pas d'indice univoque pour estimer que ce nouveau contexte d'épreuve ait été pris en considération par G. Jakobs au moment où il intervenait à l'Académie des sciences de Berlin-Brandebourg³⁷. Il est indéniable, en revanche,

³⁷ Bien qu'il soit peu probable qu'il ne le fit pas au regard d'une série d'événements dont il est difficile de concevoir qu'ils ne soient pas rentrés dans son espace de perception. Pensons ainsi à la situation algérienne et ses répercussions en France ou aux attentats

qu'avec les attentats du 11 septembre 2001 qui ont eu lieu peu après, la « guerre contre le terrorisme » est venue reconfigurer une nouvelle fois le débat sur la doctrine du droit pénal de l'ennemi. À partir de ce moment, les mesures prises par les États-Unis et, sur leur impulsion, par de nombreux autres États, ont servi de levier à une dénonciation en règle de la doctrine, accusée de fournir une légitimation à des pratiques aussi contraires à l'esprit de la *rule of law* que les kidnappings extra-légaux, l'enfermement préventif dans des lieux de détention dont le camp de Guantánamo reste à ce jour le symbole achevé, la torture physique et psychologique à des fins de renseignement ou encore les assassinats ciblés, opérés en nombre croissant par des drones télécommandés³⁸. Non sans ironie, les défenseurs de la doctrine du droit pénal de l'ennemi, à commencer par G. Jakobs lui-même³⁹, ne

contre les tours de Khobar en Arabie Saoudite, contre les ambassades américaines de Nairobi et de Dar-es-Salam, puis un peu plus tard contre l'USS Cole à Aden, qui témoignaient déjà de la montée en puissance d'Al-Qaeda, sans même mentionner la prise de pouvoir des Talibans à Kaboul et le fait, bien connu à la fin des années 1990, que l'Afghanistan était devenu le nouveau sanctuaire du terrorisme.

³⁸ Pour quelques exemples parmi beaucoup d'autres : Gerhard BEESTERMÖLLER, Hauke BRUNKHORST (Hrsg.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?*, München, C. H. Beck, 2006 ; Anna GOPPEL, *Killing Terrorists: A Moral and Legal Analysis*, Boston, De Gruyter, 2013 ; Wolfgang HETZER, *Rechtsstaat oder Ausnahmezustand? Souveränität und Terror*, Berlin, Duncker und Humblot, 2008 ; Konrad KÖGLER, *Rechtlos in Guantánamo? Folgen des US-Supreme-Court-Urteils vom 28. Juni 2004*, Marburg, Tectum-Verlag, 2007 ; Aniceto Masferrer (ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism*, Dordrecht, Springer, 2012 ; Gavin SULLIVAN, Ben HAYES, *Blacklisted: Targeted Sanctions, Preemptive Security and Fundamental Rights*, Berlin, European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), 2010 ; Thomas UWER (Hrsg.), *„Bitte bewahren Sie Ruhe“: Leben im Feindrechtsstaat*, Berlin, Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro, 2006.

³⁹ Günther JAKOBS, « Terroristen als Personen im Recht? », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 117, n° 4, 2006, p. 839-851.

contestent pas que celle-ci présente effectivement une certaine pertinence pour éclairer la logique à l'œuvre dans ces pratiques – bien qu'ils réfutent l'accusation de contribuer par-là à leur légitimation.

Contrairement à ce qui a pu être observé à propos de la Colombie, de l'Argentine ou du Mexique, la doctrine du droit pénal de l'ennemi n'a, sans doute, à aucun moment été explicitement mobilisée dans la mise en place des instruments de la « guerre contre le terrorisme ». S'il y a une inspiration qui l'a guidé, elle est plutôt à chercher dans une certaine conception, spécifiquement américaine, de la « *harsh justice* » qui fonde un esprit de vengeance justifié par la revendication d'un droit absolu à l'auto-défense⁴⁰. Dans ces conditions, son éclairage par la doctrine du droit pénal de l'ennemi relève d'une démarche analytique, reposant sur le constat, ici exprimé par Carlos Gómez-Jara Díez, que « la situation à Guantánamo et le concept d'ennemi combattant n'apparaît pas si éloigné [...] du droit pénal de l'ennemi [au sens de G. Jakobs] »⁴¹.

40 Voir James Q. WHITMAN, *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide Between America and Europe*, New York, Oxford University Press, 2003.

41 Carlos 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*, vol. 11, n° 4, 2008, p. 529-562. Dans le même esprit, voir Julien CANTEGREIL, « La doctrine du « combattant ennemi illégal » », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2010, p. 81-106; Carlton F. W. LARSON, « The Forgotten Constitutional Law of Treason and the Enemy Combatant Problem », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, 2006, p. 853-926; Darryl LI, « Universal Enemy: Foreign Fighters and Legal Regimes of Exclusion and Exemption under the Global War on Terror », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 41, n° 2, 2010, p. 355-428; Matteo TONDINI, « Beyond the Law of the Enemy: Recovering from the Failures of the Global War on Terrorism Through (Criminal) Law », *Processi Storici e Politiche di Pace / Historical Processes and Peace Politics*, n° 5, 2008, p. 59-81.

Une telle opération analytique n'est toutefois pas sans produire un nouveau déplacement important de la doctrine du droit pénal de l'ennemi. On le perçoit lorsqu'on considère que les dispositions relatives au traitement des « combattants ennemis illégaux » ont été pensées, dans un premier temps, comme devant s'appliquer potentiellement à tous – à l'exception des citoyens américains, à qui doivent être assurées des procédures conformes aux règles du système pénal américain, quels que soient les faits qui leur sont reprochés⁴². Pour le dire autrement, si les instruments de la lutte contre le terrorisme mis en œuvre par les États-Unis fonctionnent suivant des principes mis au jour par la doctrine du droit pénal de l'ennemi, les sujets qu'ils visent sont formellement extérieurs à la société politique américaine⁴³. En ce sens, il s'agirait donc d'un droit pénal projeté hors des frontières américaines et celui-ci concernerait des étrangers, citoyens d'autres États, contre lesquels l'État américain use des moyens qu'il s'interdit d'employer à l'égard des siens. Qui plus est, il use pour ce faire de ses outils d'intervention hors de ses frontières, l'armée et les services secrets extérieurs.

Si l'on suit ce raisonnement, il convient d'admettre que la doctrine du droit pénal de l'ennemi vient dorénavant s'appliquer à des activités militaires extérieures, opérées par des forces armées et orientées vers des personnes identifiées et traitées comme des ennemis.

42 Comme le rappelle l'affaire John Phillip Walker Lindh, dit le « Taliban américain », capturé en 2001 en Afghanistan, détenu dans la prison de Qala-i-Jangi où il a participé à des émeutes violentes qui ont coûté la vie à un agent de la CIA, avant d'être rapatrié non pas à Guantánamo, mais déféré devant un *federal grand jury* devant lequel il a plaidé coupable et éclopé d'une peine d'emprisonnement de vingt ans.

43 David COLE, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New York, New Press, 2003; Liz FEKETE, Frances WEBBER, « Foreign Nationals, Enemy Penology and the Criminal Justice System », *European Race Bulletin*, n° 69, 2009, p. 2-17.

Or de telles activités portent traditionnellement un nom : il s'agit de menées de guerre, supposées répondre à des règles, relatives notamment aux cibles licites et illicites, auxquelles ces opérations, de façon avouée, ne répondent pas. Si l'on s'accorde à dire que la doctrine du droit pénal de l'ennemi permet de donner sens à cette forme d'intervention armée, c'est donc qu'elle est susceptible de fournir une alternative aux règles supposées régir l'engagement militaire à l'échelle internationale, en faisant du monde le terrain d'une « chasse »⁴⁴ qu'aucun statut n'est susceptible de contenir. L'évolution récente de la doctrine américaine en la matière, élargissant finalement le spectre de l'application de ces dispositions aux citoyens américains eux-mêmes (sous certaines conditions⁴⁵) ne fait qu'amplifier cette concurrence entre un droit pénal interne projeté sur un théâtre d'opération globalisé et un droit de la guerre traditionnel.

Conclusion

Retracer la genèse et les transformations successives de la doctrine du droit pénal de l'ennemi a donc amené à isoler trois temps au cours desquels l'observateur se trouve confronté à trois configurations différentes de la doctrine, certes en rapport les unes avec les autres, mais dont les spécificités sont suffisamment conséquentes pour justifier qu'elles soient analytiquement distinguées. La première modalité de la doctrine du droit pénal de l'ennemi est celle des origines : elle se présente comme le résultat d'un travail exclusivement descriptif mené par G. Jakobs sur le droit pénal allemand, redevable des exigences de scientificité de la dogmatique juridique

et congruente avec un certain nombre d'inquiétudes florissant dans les années 1980 autour du développement de procédures judiciaires engagées par anticipation. Au cours de cette phase, le travail du pénaliste allemand ne fait guère controverse, pas plus qu'il ne fait, tout du moins immédiatement, d'émules ; son caractère le plus remarquable tient à ce qu'il met en évidence : l'émergence progressive d'une figure nouvelle dans le droit pénal, qui se rend descriptible sous les traits du citoyen déloyal. De ce point de vue, la doctrine du droit pénal de l'ennemi se propose dans un premier temps au regard sociologique comme étant l'épreuve d'une transformation avérée du Code pénal allemand, nourrie par la conflictualité politique qui marque les années 1960-1970 et dont l'expression la plus dramatique, le passage à la violence armée clandestine, constitue le point d'appui des promoteurs de cette transformation totalisée et, de ce fait, rendue visible par G. Jakobs. Dans ce cas, l'épreuve est circonscrite, dès lors que l'analyse produite par le pénaliste allemand se présente avant tout comme une description objective et dont les utilisations politiques ultérieures sont renvoyées à d'autres logiques.

Dans les années 1990 s'ouvre ensuite une deuxième séquence, au cours de laquelle la doctrine du droit pénal de l'ennemi connaît un déplacement considérable, sous l'impulsion de son fondateur et par l'intermédiaire, par la suite, de son essaimage législatif dans d'autres espaces géographiques que l'Allemagne. Dans cette phase, G. Jakobs, s'appuyant toujours sur l'objectivité de son analytique du droit pénal, effectue un pas supplémentaire en signalant que la transformation qu'il a mise au jour ne relève pas de l'arbitraire normatif du législateur, mais qu'elle prend place de manière cohérente dans un arsenal juridique destiné à garantir à une démocratie les capacités de se défendre. Ce faisant, la doctrine du droit pénal de l'ennemi ne se présente plus uniquement comme la conclusion logique et neutre d'une exploration systématique des articles et des dispositions du Code

44 Voir Grégoire CHAMAYOU, *Théorie du drone*, Paris, La Fabrique, 2013.

45 L'imminence d'un danger pour les intérêts américains, l'impossibilité de la capture et le respect et la nécessité de respecter les principes du droit de la guerre lors de la conduite d'une opération visant à éliminer la cible.

pénal ; elle apparaît comme un vecteur de légitimation des pratiques qu'elle se contentait jusqu'alors de décrire, elle se présente comme une ressource visant à renforcer, par les moyens de l'analyse juridique, le bien-fondé normatif des mesures qu'elle subsume. Cette normativité assumée a alors conduit la doctrine du droit pénal de l'ennemi à connaître un nouveau destin, très rapidement soumis à l'examen critique des défenseurs des libertés civiles. Elle a été importée par des juristes latino-américains férus de science du droit allemande dans leurs propres pays, le franchissement transatlantique s'étant alors doublé d'un passage de la doctrine du monde académique vers l'espace politique et législatif au sein duquel le droit pénal de l'ennemi est mobilisé comme justification à l'adoption de lois visant à combattre des groupes terroristes, des embryons d'armées séparatistes et des gangs investis dans la criminalité organisée et prévoyant des mesures préventives de coercition et suspensives des droits justifiées par la gravité des actes commis par ceux qu'elles visent, qui sont réputés s'être extirpés de la communauté nationale par la nature de leurs actions. Le saut normatif qui spécifie le deuxième âge de la doctrine du droit pénal de l'ennemi oblige alors le regard sociologique à la saisir non plus comme l'explicitation d'une modification progressive de la pénalité, mais comme une force active du changement qu'elle prétend se contenter de décrire : la doctrine du droit pénal de l'ennemi est devenue, sous la double impulsion de son créateur et de législateurs latino-américains, un moyen contribuant à la dislocation des catégories dont elle comptait, dans un premier temps, rendre compte. La doctrine s'est transformée pour devenir un agent des mutations qu'elle ambitionnait de décrire, et a participé de la qualification des personnes visées par les mesures dont la légitimité est appuyée, dans un mouvement de spirale, sur son autorité scientifique.

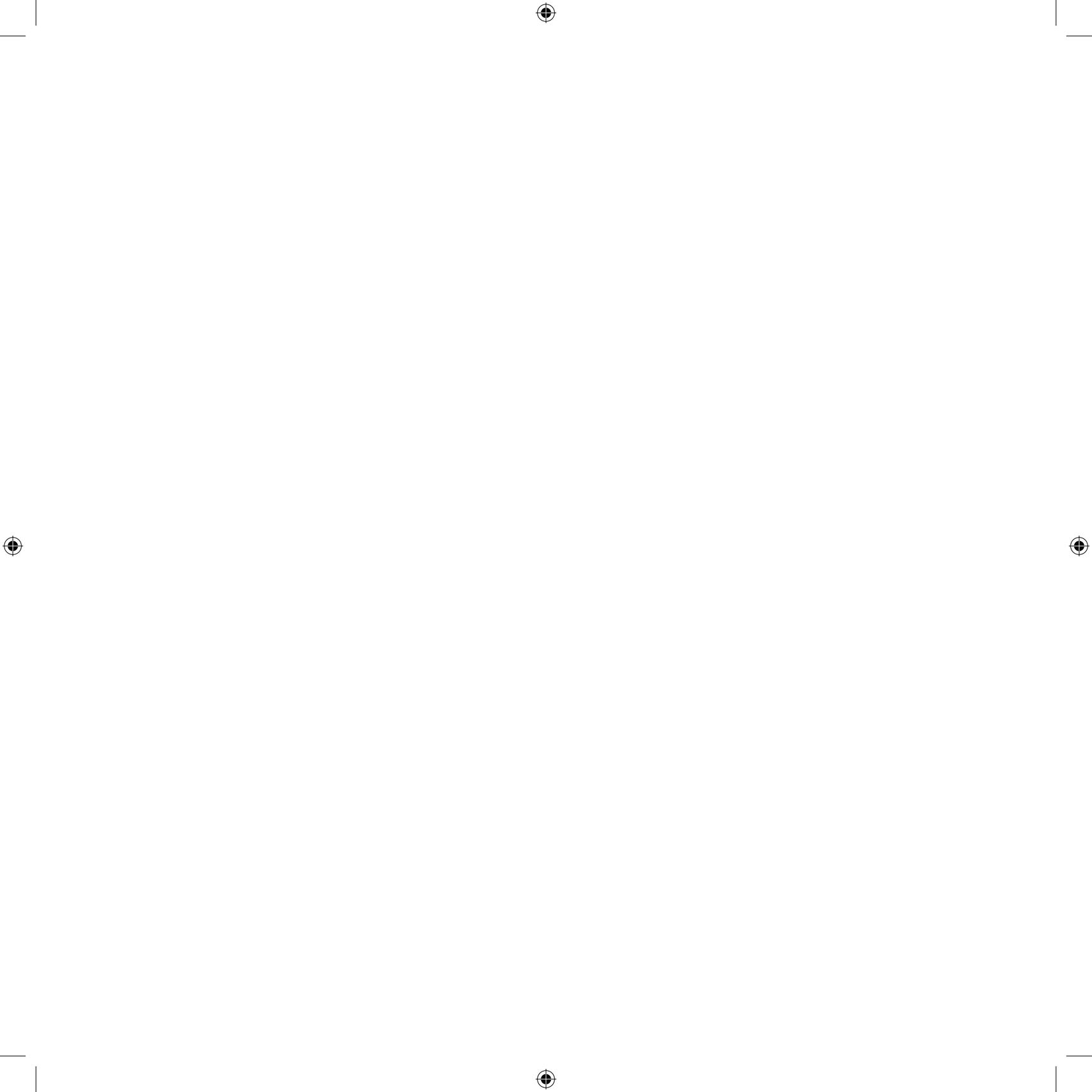
C'est à une troisième modalité de la doctrine du droit pénal de l'ennemi à laquelle on se trouve enfin confronté avec la généralisation de l'adoption de

dispositions antiterroristes en Amérique du Nord et en Europe, pour la plupart postérieures aux attentats du 11 septembre 2001. Dans l'ensemble des arsenaux législatifs qui s'inventent au nom de la lutte antiterroriste, la référence au droit pénal de l'ennemi n'est certes pas explicite et l'on pourrait renvoyer un certain nombre de ces dispositions à d'autres traditions juridiques, en particulier aux États-Unis. Sa présence se manifeste néanmoins sous deux formes. D'une part, les ressemblances sont si notables dans le type de dispositions, en particulier celles qui consistent à se doter de moyens d'agir, parfois à grande échelle, préventivement, qu'il n'est pas interdit de refuser de céder à la tentation nominaliste qui n'autoriserait à trouver de la doctrine du droit pénal de l'ennemi que dans les endroits où une référence explicite à celle-ci serait repérable : il est possible, *a minima*, de formuler l'hypothèse selon laquelle les débats autour du droit pénal de l'ennemi ont été ébruités au-delà du cercle de ses initiés. Et, par ailleurs, il faut rappeler les caractéristiques du premier âge de la doctrine : celle-ci ne faisait que mettre en évidence des transformations du droit pénal qui lui étaient antérieures et qui, de ce fait, répondaient à des logiques et à des attentes spécifiques, qu'il est probable de pouvoir repérer dans d'autres espaces sociaux et nationaux, sans qu'elles aient, dans leur contexte, donné lieu à une élaboration doctrinale du même ordre. D'autre part, la doctrine du droit pénal de l'ennemi s'est trouvée impliquée, dans cette troisième séquence de manière inattendue : elle a été mobilisée, sous sa première forme, comme une description du monde judiciaire et politique redevable d'une critique ; plus, comme une thématization des évolutions du droit pénal qui rend possible la critique.

Ainsi, les dispositifs antiterroristes les plus récents déployés en Amérique du Nord et en Europe ont fait l'objet de nombreuses dénonciations qui y voient les traits d'un gouvernement par l'exception, qui se spécifie par la suspension des garanties traditionnellement

assurées par le droit pénal au profit d'un décisionnisme qui s'accommode de procédures dérogatoires, si ce n'est arbitraires. Dès lors, la description des mesures pénales qu'offre la doctrine du droit pénal de l'ennemi se retrouve de manière parfaitement symétrique, dans le discours critique, qui se contente d'inverser la normativité et de trouver matière à dénonciation là où les promoteurs de la doctrine trouvent des solutions aux défis posés par les formes les plus récentes de terrorisme. Sous ce rapport, l'ensemble formé par le troisième âge du droit pénal de l'ennemi, et par son faux jumeau critique, l'épistémologie de l'exception, peut être investigué comme la formulation d'un langage à deux versants, l'un incantatoire, le second dénonciateur, qui vise à proposer une description cohérente des transformations actuelles des conflits violents qui s'écartent du partage canonique entre guerre et paix. De ce point de vue, le droit pénal de l'ennemi et l'épistémologie de l'exception, loin d'être des moyens à disposition des sciences sociales pour décrire les transformations qui affectent les états de guerre et de paix au Nord comme au Sud, doivent être traités comme des objets d'investigation sociologique à part entière.

APPROCHE HISTORIQUE



DROIT PÉNAL ET ÉRADICATION DE L'ENNEMI : LE CAS DU III^e REICH

JOHANN CHAPOUTOT*

Les travaux se multiplient, ces dernières années, sur la conception nazie de la *Volksgemeinschaft*¹, de cette « communauté du peuple » définie sur un fondement biologico-raciste ombrageux. Inclusive, visant à nationaliser les masses allemandes en leur offrant fierté identitaire et jouissances matérielles, la *Volksgemeinschaft* est également fortement exclusive. Si le droit civil, fortement biologisé (que l'on songe aux lois de Nuremberg en 1935) désigne qui appartient à la « communauté du peuple », le droit pénal reçoit une fonction éminente pour en désigner, et en viser, les ennemis. Rien que de très classique, au fond, pensera-t-on. Les conceptions les plus autoritaires du droit pénal sont généralement fondées sur l'idée qu'il doit combattre l'ennemi du pouvoir, de la société ou de la communauté. Le droit pénal nazi, et sa philosophie, se distinguent cependant par leur caractère à la fois biologique et belliqueux : c'est, littéralement, à l'éradication d'un ennemi biologique qu'il invite.

* Professeur à l'Université Paris III Sorbonne Nouvelle, Membre Junior de l'IUF.

1 On peut citer ici un récent collectif allemand dirigé par Frank Bajohr et Michael Wildt et un autre publié chez Oxford University Press par Martina Steber et Bernhard Gotto. Mentionnons également la parution, en 2013, de la thèse de Sven Keller, *Volksgemeinschaft am Ende*, 1944-45.

Quelques prolégomènes sont nécessaires, et il faut tout d'abord exposer les fondements théoriques du droit, et du droit pénal, nazi.

Doctrine et philosophie du droit allemand sont unanimes à partir de 1933, mais sur le fondement de traditions bien antérieures² : le *Volk* est à la fois la source et la fin du droit. La conception nazie du droit repose sur un particularisme assumé : les normes formulées n'ont jamais de valeur universelle pour les nazis. De même que le nazisme est une doctrine politique qui ne vaut que pour le peuple allemand – nombreux sont les textes qui soulignent que le nazisme n'a pas vocation à être exporté, contrairement à d'autres idéologies, plus volontiers universalistes ou, du moins, prosélytes –, de même les normes formulées n'ont de validité que pour le *Volk*. Il y a localisme de la norme, car il y a ethnicisme de celle-ci. La norme de droit, comme toute autre création culturelle, procède de la race, elle est l'émanation de son sang et elle ne vaut que pour lui.

Ce strict particularisme se conjugue avec un utilitarisme proclamé : le droit doit servir le *Volk*. Jamais universelle, toujours particulière, la norme n'a de sens que relativement à la vie de la race. Le nouveau droit

2 Cf. Olivier JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, Paris, PUF, Léviathan, 2005, 364 p.

procède ainsi d'une critique des normativités hostiles à la race: la morale chrétienne, le mariage civil tel que conçu par le *Bürgerliches Gesetzbuch* (individualiste et dissoluble), la propriété privée au titre du même code (aliénabilité de la terre, par exemple). Cette conception est, à de multiples reprises, affirmée par Hans Frank, avocat du NSDAP dans les années 1920, docteur en droit puis, à partir de 1933, *Reichsrechtsführer* et professeur des Universités, dans une formule souvent répétée qui, sous le III^e Reich, gagne valeur d'adage: «Le droit, c'est ce qui sert le peuple³».

Particularisme, utilitarisme et holisme, donc: le principe et la fin du droit ne sont donc pas l'individu, mais le grand tout du peuple. L'individu n'est de toute manière rien que relativement au *Volk*. Le célèbre slogan «*Du bist nichts, dein Volk ist alles*» (Tu n'es rien, ton peuple est tout) exprime un organicisme (l'absoluité du corps, la relativité du membre) qui n'est certainement pas que métaphorique. Bien au contraire, cet organicisme est à prendre et à comprendre au sens le plus littéral: un membre détaché du corps dépérit et meurt. Dès lors, c'est toute la tradition jusnaturaliste qui est contredite: le fondement du droit, le titulaire de la dignité juridique, ce n'est pas l'individu, car il est périssable, alors que le *Volk* est éternel; l'individu est tributaire et débiteur, alors que le *Volk* est donateur, protecteur et créancier. Tout cela, la tradition jusnaturaliste, puis révolutionnaire et libérale, l'a oublié. Il s'agit tout simplement, pour les nazis, de remettre le droit à l'endroit.

Rétablir ces vérités est d'autant plus urgent que le *Volk* est en guerre. Le peuple allemand, ou la race

germanique-nordique, est constamment victime de l'hostilité et de l'action hostile d'ennemis multiples: extérieurs, mais aussi intérieurs.

La race germanique est tout d'abord prise dans une guerre plurimillénaire qui l'oppose, depuis la plus haute antiquité, à un ennemi Juif qui veut sa mort⁴. Il s'agit d'une guerre à mort dont le terme approche, comme en témoignent l'intensité et l'ampleur de la Grande Guerre, conflit mondial qui visait, selon les nazis, à la défaite de l'Allemagne comme puissance politique, mais aussi à l'éradication du peuple allemand comme entité biologique. C'est bien de vie ou de mort qu'il s'agit désormais, comme en témoigne le blocus imposé par les Alliés et la famine qui en a résulté, comme en témoignent également les puissants moyens de destruction dont disposent désormais les ennemis de l'Allemagne. Cette guerre est un conflit qui est à la fois interne et externe, car l'ennemi de race est présent partout. C'est lui qui, selon les nazis, peuple les rangs des «criminels de novembre», cette cinquième colonne qui, en novembre 1918, a asséné le fameux «coup de poignard» dans le «dos» des forces armées allemandes qui, selon la droite conservatrice et nationaliste allemande, allait gagner la guerre avant d'être trahie par l'arrière.

Cette guerre, dont l'enjeu pour le *Volk* est vital, exige – et ce n'est pas une obligation, c'est une nécessité –, l'aguerrissement – au sens littéral – de ses membres et leur subordination inconditionnelle à la *Führung*. Tout cela implique et commande la mise à l'écart du lest biologique et l'organisation militaire du peuple allemand tout entier.

Dans cette guerre, le droit est une arme comme une autre, et la pratique du droit est un combat pour ou contre le *Volk*. Le droit (comme tout autre discours normatif) peut en effet être une arme contre le *Volk*. C'est

3 cf. notamment Hans FRANK, *Rede gehalten auf der ersten Kundgebung der Berufsgruppe Verwaltungsbeamte im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (BNSDJ) am 14. September 1933 in Berlin*, Berlin, Verlag von Reimar Hobbing, 1933, 45 p., pp. 31-45, p. 37. Pour un commentaire, cf. Walter BUCH, „Recht ist, was dem Volke dient“, in *Neues Volk – Blätter des rassenpolitischen Amtes der NSDAP*, 1936, Heft 11, pp. 5-7.

4 Johann CHAPOUTOT, *Le nazisme et l'antiquité*, Paris, PUF, Quadrige, 2012, 645 p.

du reste la situation qui prévalait avant 1933 : la morale était un système normatif qui affaiblissait et désarmait le peuple, et le droit était une arme aux mains des rouges et des noirs, contre les bruns. Lors de la célèbre affaire de Potempa⁵, le NSDAP refuse au droit pénal de l'État sa prétention à la neutralité, à l'impartialité. Le droit pénal de la République de Weimar est, aux yeux des nazis, une arme utilisée par les rouges (qui gouvernent en Prusse) et par les noirs (le chancelier von Papen) contre la véritable Allemagne. À l'été 1932, les nazis ne font pas mystère qu'ils changeront tout cela, et cette affaire leur donne l'opportunité d'exposer clairement, dans les colonnes du *Völkischer Beobachter*, leur conception du droit.

La situation depuis 1933 est, de leur point de vue, plus réjouissante. Il y a enfin synonymie entre *Staat*, *Recht* et *Volk*. Les trois catégories se recouvrent désormais pleinement, à la fois logiquement et ontologiquement : grâce au concept de race, fondement (avec la guerre) de la culture nazie, les juristes et policiers sont désormais éclairés sur la nature de cette guerre, qui est une guerre biologique, contre l'infection externe et contre la dégénérescence interne.

Les conséquences de cette vision du monde et de cette conception du droit sur la théorie et la pratique du droit pénal sont, on le devine, massives.

Le droit pénal est ainsi ouvertement conçu comme un moyen de répression des ennemis du peuple – une répression du reste autant judiciaire qu'extrajudiciaire. Il faut en effet rappeler que le droit pénal est, dans l'Allemagne d'après 1933, doublé et dépassé par une pratique policière de la pénalité qui s'épanouit sans aucun contrôle judiciaire. Cette pratique policière de la pénalité est rendue possible par la légalisation de la violence milicienne nazie – le recrutement de SS et de SA comme policiers auxiliaires en février 1933 par le ministre de

l'Intérieur de Prusse, Hermann Goering – ainsi que par l'ordonnance du 28 février 1933 qui suspend les droits fondamentaux garantis par la Constitution de 1919 et qui crée la *Schutzhaft* (« détention de protection »), mesure strictement policière, sans contrôle du juge, et signifiée à ses victimes sur le papier mauve des décisions judiciaires. C'est pour accueillir ces détenus d'un genre nouveau que le premier camp de concentration est ouvert en mars 1933, à Dachau, à l'initiative du nouveau préfet de police de Bavière, Heinrich Himmler. Cette concurrence policière va parfois conduire les juridictions à une surenchère pénale pour tenter de réaffirmer les prérogatives des magistrats contre les nouveaux pouvoirs des commissariats.

Pratique plus immédiate de la répression, le droit pénal se veut aussi prévention du crime, une prévention conçue sur le mode de la prophylaxie biologique, car le *Volk* est en guerre biologique.

De nouveaux textes, produits de la réflexion juridique positiviste et des travaux des médecins et biologistes travaillant sur les pathologies considérées comme héréditaires, permettent ainsi l'arrestation et la stérilisation des « asociaux », foyer biologique de délits et de crimes futurs. C'est l'objet de la loi du 14 juillet 1933 sur les *EGG* (*Erbgesundheitsgerichte*, ou Tribunaux de santé héréditaire, créés dans chaque ressort juridictionnel, et composé d'un juge, d'un médecin et d'un représentant de la police), dont les décisions aboutiront à la stérilisation forcée de plus de 400 000 personnes, échelle inédite par rapport à d'autres États (Suisse, certains États américains, Suède...) pratiquant également la stérilisation forcée. Les EGG sont clairement conçus comme le lieu d'exercice d'une justice biologique : face à des tares naturelles (et héréditaires), il faut pratiquer une prophylaxie artificielle au moyen de la castration : sont ainsi considérées comme des pathologies héréditaires la schizophrénie (jugée criminogène) et l'alcoolisme...

⁵ Johann CHAPOUTOT, *Le meurtre de Weimar*, Paris, PUF, 2010, 138 p.

Au titre de la prophylaxie pénale, on introduit la pénalisation des relations sexuelles « mixtes » et on prononce l'interdiction des mariages entre « Juifs » et « Allemands ». C'est l'objet des célèbres lois de Nuremberg qui, en septembre 1935, approfondissent une politique de ségrégation progressive, de plus en plus sévère, des Juifs, qui sont peu à peu, et inexorablement, exclus de la société allemande. La ségrégation débute avec la loi du 7 avril 1933 (exclusion de la fonction publique), et elle se poursuit avec une multitude de dispositions réglementaires qui enserrant les Juifs allemands dans un rets de normes qui les étouffe et qui rend leur vie impossible, au sens littéral du terme. Le but de cette politique est de pousser les Juifs à l'émigration ou, en tout cas, de les confiner, au sens biogéographique par une mise en quarantaine sociale qui vise à éviter la contamination.

La prophylaxie pénale dicte également la prohibition de l'expression intellectuelle et artistique de toute idée divergente avec celles du nouveau pouvoir. L'équation est claire : le discours nazi est le seul discours favorable à la race. Toute idée divergente représente donc une menace pour la vie de la race, ce qui légitime biologiquement l'interdiction du pluralisme politique et de l'existence des partis, l'interdiction des syndicats, la censure et la création de la Chambre culturelle du Reich par Goebbels en septembre 1933. Toutes ces mesures participent de la même idée : contenir, étouffer tout discours divergent qui pourrait égarer et perdre les Allemands. Le droit pénal sert à cela, également.

Cette biologisation généralisée des discours et des pratiques politiques, policiers et judiciaires, cette médicalisation dictée par la *Weltanschauung* nazie, légitime deux caractères du droit pénal dans son évolution, sous la forme d'une triple extension :

Une extension en amont tout d'abord, par la pratique de l'action préventive : pourquoi attendre que l'acte soit commis quand on sait avec certitude (une certitude qui répond à la nécessité naturelle) que

celui-ci va être commis ? Cette action préventive inspire par exemple la *Schutzhaft* (qui est une détention de protection du peuple allemand et de la société), ainsi que des dispositions diverses, comme celles que le chef de l'*Ordnungspolizei*, Kurt Daluege salue⁶ (l'interdiction de la possession d'instruments pouvant servir à effraction pour les cambrioleurs notoires, par exemple).

Une extension en aval, par ailleurs. Le § 42 alinéa E du Code pénal réformé en juin 1935 crée ainsi « une détention de sûreté illimitée dans le temps », et sur décision policière, pour des repris de justice qui ont fini de purger leur peine. Cette rétention de sûreté qui se cumule avec la peine prononcée par une juridiction pénale vise à retenir et détenir des éléments considérés comme biologiquement inamendables et nécessairement (car par nature) dangereux.

On constate, enfin, une autre extension, latérale ou concentrique, de la pénalité et de la sanction aux membres de la *Sippe*, de la famille du délinquant ou du criminel : la *Sippenhaftung* (responsabilité collatérale des membres de la *Sippe*) et la *Sippenhaft* (détention prononcée contre des membres de la *Sippe*), avérée et pratiquée à l'été 1944, est justifiée, dans le discours nazi, par le fait que car c'est le sang qui serait vicié. Et aux mêmes causes, les mêmes effets : si un membre de la famille s'est révélé mauvais, il ne fait qu'actualiser un potentiel criminel qui est présent, à l'état latent, dans le sang de sa famille entière. Moins de quinze jours après l'attentat qui a visé Hitler, le 20 juillet 1944, dans un contexte d'effondrement militaire généralisé, Himmler, chef de la SS et de la police allemande, mais aussi Ministre de l'Intérieur du Reich, radicalise le traitement pénal de la trahison : « Je vais créer une responsabilité familiale absolue [...]. Vous n'avez qu'à lire les sagas germaniques. Quand [...] on exerçait une vengeance familiale, on était conséquent,

⁶ Kurt DALUEGE, *Nationalsozialistischer Kampf gegen das Verbrechen*, Munich, Zentralverlag der NSDAP, 1936, 138 p.

sans mesure. [...] On disait : cet homme a trahi, son sang est mauvais, c'est du sang de traître, il faut l'éradiquer. Et c'est ainsi que la vengeance exterminait la famille, jusqu'au dernier de ses membres. La famille Stauffenberg sera anéantie jusqu'au dernier de ses membres»⁷.

Ces propos, ainsi que les statistiques de l'activité des tribunaux spéciaux et des cours martiales, manifestent un durcissement progressif du discours et de la pratique pénale. Mais la radicalisation était présente, en puissance voire en actes, dès le départ. On constate, dès 1933, une radicalisation, liée à la biologisation du droit, qui prétend aller à la racine du mal, et au fait que la pratique du droit est conçue, dès le départ, comme une guerre contre les ennemis biologiques de l'Allemagne.

Les juges pénaux sont en effet censés être des combattants. Le secrétaire d'État au ministère de la Justice Roland Freisler, docteur en droit et lui aussi, comme Hans Frank, ancien avocat du NSDAP, rend ainsi visite au camp d'été des juristes référendaires en août 1933, pour exalter leur expérience communautaire et militaire. Seul le camp permet de dépasser l'individualisme et le carriérisme, de faire faire l'expérience d'une communauté combattante (celle du *Männerbund*) et de s'aguerrir pour les combats judiciaires à venir. Freisler, ancien combattant, exalte et sublime ainsi la mission du juge en l'assimilant à celle du combattant des tranchées⁸.

Pour lui, les tribunaux, et singulièrement les tribunaux spéciaux, sont la «Panzertruppe der Rechtssprechung», les divisions blindées du droit, comme il le déclare en août 1940 : pendant que les Panzer allemands roulent et combattent, remportant les rapides

victoires de Pologne et de France, les juges doivent être les combattants du front intérieur. Les tribunaux spéciaux, créés en 1934, sont quant à eux les «die Standgerichte der inneren Front»⁹, les cours martiales du front intérieur. Il n'y a pas de solution de continuité entre le front et l'arrière, entre la Wehrmacht et les juges, mais il y a au contraire solidarité et unité du combat.

Les juridictions pénales tendent en effet vers la cour martiale, jusqu'à devenir, par leur fonctionnement, de simples réduplications de ces juridictions militaires que les maîtres de la politique pénale en Allemagne considèrent comme des idéaux régulateurs. Cette évolution a suivi quelques étapes importantes. Les ordonnances du 28 février 1933 et du 21 mars 1933 ont créé de multiples délits politiques dont ont à connaître ses «tribunaux spéciaux», *Sondergerichte*, formations particulières qui siègent dans chaque ressort de cour d'appel, créées le 21 mars 1933. À ces cours s'ajoute le Tribunal du peuple (*Volksgerichtshof*), créé par une ordonnance de mars 1934 pour connaître des cas de haute trahison dans un premier temps. Peu à peu, toutefois, et par glissement de compétence, des délits et des «crimes» de plus en plus nombreux tombent sous la juridiction des Tribunaux spéciaux et du Tribunal du peuple. Cette évolution est notamment spectaculaire à la suite des différentes «ordonnances de guerre» qui, à compter de la première, prise le 5 septembre 1939 contre les «éléments nuisibles au peuple», condamnent sévèrement l'atteinte au moral de l'armée, l'écoute des émetteurs de radio étrangers, les délits commis durant les alertes aériennes, etc.

Pour mener leur combat contre les ennemis de l'intérieur ou les éléments «dégénérés» qui affectent les

7 Heinrich HIMMLER, Rede des Reichsführers SS vor der Gauleitertagung am 3.8.1944, reproduit in *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1, 1953, pp. 357-394.

8 Cf. le témoignage détaillé du jeune *Referendar* Sebastian Haffner sur cette expérience estivale du *Sommerlager* de 1933 in Sebastian HAFFNER, *Geschichte eines Deutschen. Die Erinnerungen 1914-1933*, Stuttgart, dtv, 2000, 304 p., pp. 253 sqq.

9 Roland FREISLER, «Gedanken zum Kriegsstrafrecht und zur Gewaltverbrecherverordnung», in *Deutsche Justiz*, 1939, pp. 1849-1856, p. 1851.

forces du peuple allemand, les contraintes pesant sur les juges-combattants doivent être minimales.

L'action de ces « divisions blindées du droit » sont libérées par une large marge d'interprétation accordée aux juges: la clause d'interprétation fondamentale accordée par la loi du 28 juin 1935 modificative du Code pénal (StGB), dite *Generalklausel* et précisant que le juge peut interpréter toute loi existante du point de vue du « sentiment sain du peuple » (*gesundes Volksempfinden*) est un blanc-seing accordé à ce qu'un historien allemand du droit a appelé l'« interprétation infinie »¹⁰. Le « droit des articles du Code », ce *Paragraphenrecht*¹¹ honni, car il est un droit formel et abstrait, donc juif et talmudique¹², le cède donc à une pratique juridictionnelle, voire prétorienne, du droit, plus libre, plus inventive, plus souple et réactive, comme l'est, au fond, la vie elle-même.

Pour permettre au juge d'agir vite et d'être aussi réactif que les phénomènes qui affectent la vie du peuple, de nouvelles sources du droit sont ainsi promues. La « volonté du Führer » devient une clause générale d'interprétation, ainsi que « l'esprit national-socialiste », et le « bon sens populaire » déjà cité. On remarque que, au fond, les trois clauses sont identiques, car les deux premières sont, du point de vue nazi, l'expression adéquate et explicite de la troisième.

C'est ainsi seulement, par des « divisions blindées du droit » mobiles et rapides, que les ennemis du peuple allemand peuvent être repérés et détruits. Biologisation

et logique de guerre vont de pair pour radicaliser la pratique pénale, comme en témoignent les statistiques de la justice civile comme des tribunaux militaires¹³. À la « guerre totale » proclamée après Stalingrad en février 1943 et mise en œuvre par le *Volkssturm* de l'automne 1944 répond une justice totale, une pratique radicalisée de la justice pénale dont les procès filmés de l'été et de l'automne 1944, qui font suite à l'attentat contre Hitler, sont l'illustration la plus glaçante: la volonté de destruction des prévenus y est manifeste dans la conduite des audiences, martiale et insultante, dans le recours systématique à la peine de mort et dans l'invocation constante de la responsabilité familiale des condamnés, dont les familles connaissant l'arrestation, la détention, le placement en camps de concentration. Préside ces audiences un certain Roland Freisler qui, à la fin de la guerre, trouve donc à mettre en œuvre ses conceptions du prétoire comme champ de bataille et lieu d'écrasement de l'ennemi par le char d'une justice de guerre.

10 Bernd RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 1968, rééd. Tübingen, Mohr, 2005.

11 Cf. cette publication de l'Association nationale-socialiste des juristes: *Die Paragraphensklaverei und ihr Ende*, Berlin, Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund, slnd, circa 1937, 32 p.

12 Cf. Carl SCHMITT (dir.), *Das Judentum in der Rechtswissenschaft. Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB am 3. Und 4. Oktober 1936 – I – Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist*, Berlin, Deutscher Rechtsverlag, 1936, 35 p.

13 Sven KELLER, *Volksgemeinschaft am Ende. Gesellschaft und Gewalt, 1944-45*, Munich, 2013.

DÉFENDRE LA DÉMOCRATIE CONTRE SES ENNEMIS : LÉGITIMATION ET CONTESTATION DES MESURES PÉNALES POUR LA PROTECTION DE L'ÉTAT SOUS LA RÉPUBLIQUE DE WEIMAR ET DANS LA JEUNE RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE

NATHALIE LE BOUËDEC*

«Là se tient l'ennemi, qui instille son poison dans les blessures d'un peuple – là se tient l'ennemi et il n'y a aucun doute à ce sujet : cet ennemi est à droite!»¹. C'est sur cette formule que le chancelier allemand Joseph Wirth clôt son intervention au *Reichstag* le 25 juin 1922, au lendemain de l'assassinat, qui s'inscrit dans une série d'attentats politiques, du ministre des Affaires étrangères Walter Rathenau par des nationalistes radicaux². Avec ce discours, Wirth entend légitimer la mise en place de mesures pénales pour protéger la République de Weimar contre ses adversaires. La problématique de la défense de l'État contre ses « ennemis » est récurrente dans l'histoire allemande contemporaine, et ce non seulement dans le cadre de régimes autoritaires (avant le régime nazi, il y eut aussi sous l'Empire les lois anticatholiques du *Kulturkampf* et surtout la loi antisocialiste de 1878),

mais aussi, et c'est justement ce qui fait l'intérêt du cas allemand, dans le cadre de la démocratie. La République Fédérale s'est ainsi explicitement construite, perçue et présentée comme une « démocratie combative » ou « militante » (*streitbare Demokratie*), c'est-à-dire disposée à et capable de se défendre contre ses ennemis³. Cet enjeu de la protection de la démocratie a ensuite régulièrement ressurgi au cours de l'histoire de la RFA – que ce soit dans le cadre de la lutte contre le terrorisme de la Fraction Armée Rouge et plus globalement l'extrême-gauche dans les années 1970 ou encore tout récemment avec le débat sur une procédure d'interdiction contre le parti d'extrême-droite NPD. Nous allons nous intéresser ici dans une perspective comparative à l'élaboration de deux lois pénales⁴ ayant eu pour but explicite de protéger l'État démocratique contre ses ennemis : la Loi pour la protection de la République (*Gesetz zum Schutz der Republik*, ou *Republiksschutzgesetz*) du 21 juillet 1922, conséquence directe de l'assassinat de Rathenau, et un texte législatif de la République Fédérale, la Loi de modification du Code pénal (*Strafrechtsänderungsgesetz*)

* Université de Bourgogne Franche-Comté, Études germaniques.

1 «*Dieser Feind steht rechts!*» *Verhandlungen des Reichstags. Stenographische Berichte*, vol. 356, 236^e séance, 25 juin 1922, p. 8058. Par la suite nous n'indiquons que la séance et le volume (à la première mention de la séance). Tous les comptes rendus des débats du *Reichstag* ont été digitalisés par la *Bayerische Staatsbibliothek* et sont disponibles sur le site www.reichstagsprotokolle.de. Toutes les traductions ont été faites par l'auteur.

2 L'ancien ministre (et signataire de l'armistice du 11 novembre 1918) Matthias Erzberger avait été assassiné le 26 août 1921, et le premier chancelier de Weimar, le social-démocrate Philipp Scheidemann, avait échappé de justesse à un attentat le 4 juin 1922.

3 Le concept de *streitbare Demokratie* était déjà apparu dans les années 1930 chez Karl Löwenstein («*Militant Democracy and Fundamental Rights*», *American political science review* 31, 1937, p. 417-433 et p. 638-658). Nous reviendrons plus loin sur ce concept.

4 L'analyse ne porte donc pas, excepté quelques allusions, sur leur mise en pratique et les nouveaux débats que celle-ci a pu engendrer.

du 30 août 1951, également appelée « Loi sur la protection de l'État » (*Staatschutzgesetz*). Ces deux textes présentent en effet des points communs frappants. Le premier est bien sûr leur objet : la protection de « l'État » – avec toutes les ambiguïtés entourant la conception de « l'État », nous y reviendrons – ou le droit pénal politique (*politisches Strafrecht*)⁵. Un deuxième point commun réside dans leur contexte d'élaboration, celui d'un jeune État dans une situation de fragilité et de haute tension politique, ou tout au moins perçue comme telle, situation dont l'appel à des mesures pénales de protection de l'État peut justement être considéré comme un symptôme⁶. En outre, les débats autour de ces lois se caractérisèrent dans les deux cas par la mobilisation de références historiques qui semblent d'autant plus justifier l'adoption d'une perspective diachronique. Enfin, si ces deux lois furent finalement adoptées à une très large majorité, elles n'en furent pas moins vivement contestées.

Cette contribution n'entend pas procéder à une analyse juridique et/ou normative de ces législations pénales du point de vue du criminaliste, mais analyser les discours de légitimation et de contestation de celles-ci dans une perspective *historique* et *politique* : Comment fut justifiée la mise en place de ces lois ? Avec quels arguments, au nom de quels principes furent-

elles critiquées ? Si elles le furent, était-ce l'idée d'une législation pénale en elle-même qui était refusée ou le conflit portait-il simplement sur ses modalités, et dans ce cas pourquoi ? Ce questionnement, qui doit également toujours prendre en compte la fonction stratégique et politique des discours dans leur contexte spécifique, doit permettre de déterminer dans quelle mesure et pourquoi le discours politique sur la pénalisation de l'ennemi de l'État a pu évoluer entre la République de Weimar et le début des années 1950 et quel a pu être à ce niveau l'impact des expériences historiques précédentes. Dans cette perspective, cette étude porte une attention particulière à la définition et la désignation de l'ennemi et de l'objet de la protection, les questions terminologiques se révélant bien souvent porteuses d'enjeux politiques et idéologiques.

Précisons enfin que pour apporter des éléments de réponse aux questions soulevées, nous nous concentrerons sur le discours des acteurs directement impliqués dans les processus législatifs, c'est-à-dire en premier lieu les députés et les membres de l'exécutif, et notamment les ministres de la Justice. Il s'agit donc d'acteurs *politiques* mais qui, pour les plus impliqués d'entre eux, étaient en général juristes de formation, voire de profession. Leurs discours sont donc particulièrement intéressants quand on s'intéresse à des dispositions pénales qui, comme en convenaient les pénalistes et les praticiens eux-mêmes, avaient encore plus que d'autres un caractère « hautement politique »⁷. Notre analyse s'appuie donc essentiellement sur les comptes rendus des débats parlementaires, au *Reichstag* puis au *Bundestag*, et bien sûr sur les textes législatifs eux-mêmes à leurs différents stades, sans pour autant complètement exclure des prises de positions d'acteurs non directement impliqués dans le processus

5 Ici au sens restreint du droit pénal comme forme possible de protection de l'État et de la constitution : voir pour cette définition R. Schiffers, *Zwischen Bürgerfreiheit und Staatschutz. Wiederherstellung und Neufassung des politischen Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951* (Beiträge zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien 88), Düsseldorf, Droste Verlag 1989, p. 5.

6 Lors du Congrès des juristes allemands de 1950, le pénaliste Hellmuth von Weber qualifie la protection pénale de l'État de « sismographe » témoignant des bouleversements qui s'opèrent dans la conception de l'État. *Der Schutz des Staates. Welche strafrechtlichen Normen empfehlen sich zum Schutz des Staates?*, Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1951, p. 5.

7 Pour citer le procureur général Karl Siegfried Bader au congrès de 1950. *Der Schutz des Staates, op. cit.*, p. 23.

législatif, juristes ou encore journalistes, mais tentant néanmoins d'influer sur celui-ci.

1. Weimar et la Loi sur la protection de la République : que faut-il protéger et contre qui ?

Le processus d'élaboration de la loi pour la protection de la République fut très rapide. Celle-ci entra en vigueur le 21 juillet 1922, soit à peine quatre semaines après l'assassinat du ministre Rathenau. Elle avait été précédée de deux décrets d'urgence pour la protection de la République (*Notverordnungen zum Schutz der Republik*) promulgués dans la foulée de l'attentat par le président Friedrich Ebert en vertu de l'article 48 de la constitution⁸. Il ne s'agissait pas là des premières mesures pénales de ce type, puisque deux décrets d'urgence avaient déjà été promulgués suite à l'assassinat de l'ancien ministre Matthias Erzberger⁹, mais ceux-ci n'avaient pas débouché sur une loi. La loi de 1922 met en place une triple protection pénale de la République contre des formes alors nouvelles de lutte politique qui contribuaient grandement à la fragiliser¹⁰ : elle pénalise

la participation à l'assassinat ou la tentative d'assassinat de membres du gouvernement du *Reich* ou d'un *Land* (§ 1 à 6), la participation à une organisation « hostile à l'État » (*staatsfeindlich*, où on retrouve le mot *Feind*, l'ennemi) visant à « détruire » ou « saper » (*untergraben*) la forme républicaine de l'État (§ 7 al. 4), et enfin les actes, alors fréquents, de calomnie ou d'outrage envers la République, ses représentants et son drapeau (§ 7 et 8). Ces mesures sont complétées par des dispositions (§ 14 à 22) restreignant la liberté d'association et de réunion ainsi que la liberté de la presse (§ 14 à 22) dans le cas d'une infraction au titre des paragraphes cités plus haut. La loi prévoit par ailleurs l'instauration d'une Cour d'État pour la protection de la République (*Staatsgerichtshof zum Schutz der Republik*) compétente pour ces infractions spécifiques. Enfin, il faut préciser que cette loi était conçue comme une loi spéciale (*Sondergesetz*) provisoire, sa durée de validité étant limitée à cinq ans (§ 27).

Les peines drastiques prévues par la loi méritent également d'être soulignées : la plupart des infractions étaient passibles d'une peine de prison allant de trois mois à cinq ans, voire, dans les cas les plus graves, du pénitencier (*Zuchthaus*), une forme de détention plus stricte. Des amendes élevées pouvaient toujours s'ajouter à la peine. Tout individu participant sous une forme ou sous une autre, y compris celle d'un soutien financier, à une organisation visant l'assassinat d'un membre du gouvernement encourait la peine de mort ou le pénitencier à perpétuité si les activités de cette organisation débouchaient effectivement sur un assassinat ou une tentative d'assassinat¹¹ – des

8 Pour les textes des décrets cf. *Verhandlungen des Reichstags. Anlagen zu den Stenographischen Berichten*, vol. 374, n° 4625, p. 5118 sq. et n° 4655, p. 5132 sq. L'article 48 étendait les pouvoirs du président, lui donnant notamment la possibilité de restreindre ou suspendre certains droits fondamentaux en cas de menace grave pour l'ordre et la sécurité. Cet article fut et est toujours très critiqué en raison de l'usage abusif et contraire à l'esprit de la constitution qu'en fit à partir de 1930 le président Hindenburg pour permettre aux cabinets de gouverner sans majorité parlementaire.

9 Décrets du 29 août puis du 28 septembre 1921, suspendus ensuite en décembre. Textes chez E. R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, vol. 4 (1961), Stuttgart, Berlin, Cologne, Kohlhammer³ 1991, p. 281 sq. et 284 sq. Pour plus de détails voir Christoph GUSY, *Weimar - die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 1991, p. 128-134.

10 Voir C. GUSY, *op. cit.*, p. 149 sq. Texte complet de la loi chez Gotthard Jasper, *Der Schutz der Republik. Studien zur staatlichen*

Sicherung der Demokratie in der Weimarer Republik 1922-1930, Tübingen, Mohr, 1963, p. 393 et suivantes.

11 Voir les § 1 et § 4 de la loi. Cette condition restrictive ne figurait pas dans le premier projet du gouvernement, la participation était en soi passible de la peine de mort. La protection valait également pour les anciens membres d'un gouvernement. Cf. *Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Republik*, 3 juillet 1922,

dispositions portant clairement la marque du choc consécutif à l'attentat contre Rathenau. Le recours à la peine de mort est d'autant plus notable que le ministre de la Justice de l'époque et principal rédacteur de la loi, le social-démocrate Gustav Radbruch, était un philosophe du droit et pénaliste qui lui était fondamentalement opposé. Confronté à un véritable conflit éthique dont témoignent sa correspondance et ses écrits, il choisit néanmoins de donner la priorité à la défense de la République en punissant de la peine la plus sévère prévue par le code pénal (qui était toujours celui de 1871) les crimes commis contre elle¹².

Cela nous amène à l'argumentation et à la rhétorique mises en œuvre pour légitimer la mise en place de cette loi. Lors des premiers débats des 24 et 25 juin, où sont annoncés les décrets d'urgence, il règne au *Reichstag* un certain consensus au moins sur un point : l'État doit agir. L'assassinat de Rathenau, déclare ainsi solennellement le chancelier Wirth devant les députés, n'est pas un acte isolé, mais le maillon d'une chaîne d'attentats prémédités contre la République, la marque d'un « complot » ; « la République est en danger »¹³. Non seulement elle doit agir, mais elle en a le droit, car elle est en situation de « légitime défense » (*Notwehr*), expression récurrente dans le discours des députés de plusieurs

partis¹⁴, et pas seulement de ceux au gouvernement, alors une coalition entre les sociaux-démocrates du SPD, les libéraux démocrates du *Deutsche Demokratische Partei* (DDP) et les catholiques du *Zentrum*, le parti de Wirth. Le terme même de *Notwehr* est intéressant d'un point de vue lexical : il est en effet composé de *Not*, qui signifie à la fois l'urgence, la nécessité, mais aussi la détresse – c'est donc au nom d'une situation d'urgence, de la survie de l'État, que l'on justifie le recours à des mesures pénales exceptionnelles – et de *Wehr*, défense, terme utilisé dans le contexte militaire – illustration d'un discours marqué par la rhétorique du combat¹⁵. Toujours sur le plan rhétorique, deux autres éléments récurrents témoignent de l'importance de cette dimension *politique* de la lutte contre l'ennemi. Il s'agit des métaphores utilisées d'une part pour décrire l'atmosphère politique délétère de l'époque et d'autre part pour désigner les ennemis de la République. Elles relèvent surtout du domaine biologique ou animal. Il y a celle du poison, utilisée notamment par Wirth dans le discours cité en introduction, et du « marécage » (« *Sumpf* ») qu'il faut « assainir » (« *sanieren* »), voire de l'épidémie qu'il faut éradiquer¹⁶. Évoquant les organisations qui fomentent

Verhandlungen des Reichstages, Anlagen, vol. 374, n° 4661. À cela s'ajoutait systématiquement une amende au montant indéterminé (§ 9). Nous ne pouvons évidemment pas ici analyser en détail ni même mentionner toutes les dispositions du texte.

12 Concernant Radbruch, nous renvoyons à notre ouvrage : N. LE BOUËDEC, *Gustav Radbruch. Juriste de gauche sur la République de Weimar*, Québec, PUL, 2011, surtout p. 123-140.

13 « *Die Republik ist in Gefahr* ». Vol. 356, 235^e séance, 24 juin 1922, p. 8037. On parle alors chez les politiques, dans les médias et l'opinion publique des « *Mörderzentralen* » (*Mörder* signifiant assassins) pour désigner ces organisations accusées de planifier des assassinats politiques.

14 Rien que lors de la séance du 25 juin, le terme est employé par le député du *Zentrum* Marx (p. 8046), le démocrate Petersen (p. 8062) ou encore le socialiste indépendant de l'USPD Crispian (p. 8052). Cf. aussi plus tard Hamm du DDP (vol. 356, 249^e séance, 12 juillet 1922, p. 8469). Le député de la droite nationaliste Düringer parle, lui, d'un « instinct de conservation » (*Selbsterhaltungstrieb*) de l'État (5 juillet 1922, p. 8295).

15 Voir aussi le ministre de l'Intérieur Köster lors de la première lecture du projet de loi le 5 juillet 1922 : « Le pays est en danger, nous sommes au milieu d'un combat » (p. 8289).

16 KÖSTER, *ibid.*, p. 8288. (Il faut « mener une action d'assainissement de toute notre vie publique et politique empoisonnée »). Le député Bell (*Zentrum*) évoque, lui, une « atmosphère pestilentielle » (« *Pestatmosphäre* »). Cf. vol. 356, 248^e séance, 11 juillet p. 8422. Pour la métaphore de l'épidémie, voir le communiste Koenen, qui juge que le pouvoir est « contaminé » (« *verseucht* ») par les monarchistes (25 juin 1922, p. 8069).

les attentats politiques, le député Bell estime qu'il faut « donner un bon coup de pied dans le nid de guêpes » (« *fest greifen ins Wespennest* »). Quant au communiste Koenen, il adopte un langage encore plus radical en affirmant qu'« il faut montrer les dents à cette bête (*Bestie*), lui montrer qu'on est prêt à l'écraser »¹⁷. Autre élément rhétorique notable : les formules employées pour souligner la détermination des forces républicaines à ne plus faire preuve d'aucune indulgence, à se montrer « impitoyables » (*rücksichtslos*, autre terme récurrent)¹⁸ envers les adversaires de la République pour enfin mettre un terme à leurs agissements.

Le discours de Wirth et de son ministre de la Justice ne laisse au départ pas de doute sur l'identité de « l'ennemi » : l'extrême-droite nationaliste et monarchiste, représentée par les organisations paramilitaires secrètes issues des anciens corps-francs, et au *Reichstag* par certains membres du *Deutschnationale Volkspartei* (DNVP), même si le parti se défend de toute collusion avec ces groupes. Cette orientation « contre la droite » est confirmée le 25 juin par une déclaration de Radbruch, au départ destinée à calmer les inquiétudes émises par les communistes, qui met bien en évidence les deux problèmes autour desquels se cristallisent les débats :

L'ordonnance du président du *Reich* est issue d'une situation d'urgence créée par les exactions et les manifestations de cercles d'extrême droite. Il n'y a aucune raison de craindre des exactions de l'extrême gauche. [...] Les craintes des travailleurs que cette ordonnance vise certes l'extrême droite,

mais soit ensuite appliquée contre la gauche, sont totalement infondées. La formule « actes de violence contre la forme républicaine de l'État » [*Gewalttaten gegen die republikanische Staatsform*] a été choisie après un examen attentif pour qu'il soit bien clair qu'il est ici question des actes de violence de l'extrême droite¹⁹.

Le premier problème que soulève cette interprétation très politique du décret est bien sûr celui de sa compatibilité avec les principes de l'État de droit. La déclaration de Radbruch fait ainsi l'objet d'un débat houleux au sein du cabinet : le ministre des finances Hermès, pourtant du même parti que le chancelier Wirth, qui soutient son ministre de la Justice, met en garde contre une « loi d'exception » (*Ausnahmegesetz*) stigmatisant non pas des actes, mais des convictions politiques (*Gesinnung*)²⁰. Au *Reichstag*, le député DNVP et juge Düringer ne peut s'empêcher d'exprimer « son profond regret » de voir un ministre d'un État de droit et de surcroît lui-même juriste – circonstance aggravante – défendre une telle interprétation²¹. En fait, Wirth et son gouvernement se retrouvent doublement pris en tenaille : d'une part entre l'urgence de la crise politique et les exigences de l'État de droit, et d'autre part entre leur droite et leur gauche (les communistes, les socialistes indépendants, et même l'aile la plus à gauche du SPD)²². Les seconds militent pour des mesures radicales comme le renvoi de tous les fonctionnaires ayant des convictions monarchistes ou la confiscation de la fortune de toutes les anciennes familles régnantes, des mesures qui auraient effectivement fait de

17 Bell, 11 juillet 1922, p. 8422; Koenen, 25 juin 1922, p. 8068.

18 Voir par exemple l'intervention d'Otto Wels (SPD) le 25 juin (p. 8043). Plusieurs députés, comme Petersen du DDP (*ibid.*, p. 8062) et Rosenfeld de l'USPD (5 juillet 1922, p. 8309), proclament qu'il faut cesser d'être tolérants. Le député Crispian, en parlant des officiers monarchistes et réactionnaires, emploie même le terme « éradiquer » (« *ausmerzen* »). 25 juin 1922, p. 8050.

19 25 juin 1922, p. 8050.

20 Séance du cabinet du 25 juin 1922, in *Akten der Reichskanzlei. Die Kabinette Wirth I und II*, vol. 1, Boppard am Rhein, Harald Boldt Verlag 1973, p. 898-900.

21 5 juillet 1922, p. 8295. Dans le même sens le député et juge Graef (DNVP), 11 juillet 1922, p. 8410.

22 Situation somme toute caractéristique de celle des forces républicaines durant toute la République de Weimar.

la loi une loi d'exception antimonarchiste²³. Les premiers s'empresment quant à eux de jouer la carte des principes de l'État de droit pour critiquer les dispositions pénales envisagées : « loi d'exception » (*Ausnahmegesetz*)²⁴, « persécution d'opinions » (*Gesinnungsverfolgung*)²⁵, ou encore « loi-muselière » (*Maulkorbgesetz*)²⁶ – autant de critiques formulées, avec plus ou moins de nuances, par les députés des partis de droite.

Ces derniers n'hésitent d'ailleurs pas à comparer la loi en préparation avec la loi antisocialiste de 1878 mise en place par Bismarck ou, plus rarement, avec les lois anticatholiques du *Kulturkampf*, ironisant sur la promptitude des sociaux-démocrates à jeter leurs principes par-dessus bord pour recourir à des méthodes qu'ils avaient pourtant dénoncées durant l'Empire²⁷. Le discours dénonçant une loi d'exception s'appuie notamment sur les dispositions spécifiques du projet de loi visant les membres des anciennes familles régnantes du *Reich* et de ses différents États.

23 Des députés communistes et socialistes indépendants avaient déjà déposé un projet de loi en ce sens en septembre 1921 (Voir *Verhandlungen des Reichstages, Anlagen*, vol. 369, n° 2701, p. 2660). Ils réitérèrent ces revendications, reprises aussi par les syndicats, en 1922. Cf. par exemple Crispin et Koenen le 25 juin 1922, p. 8053 sq et 8072.

24 Düringer, 5 juillet 1922, p. 8298 ; Gustav Stresemann (DVP), *ibid.*, p. 8313 ; Graef, 11 juillet 1922, p. 8414 sq ; Wilhelm Kahl (DVP), vol. 357, 249^e séance, 12 juillet 1922, p. 8509. Le DVP était le parti libéral de droite. Moins radical que le DNVP, il n'en comptait pas moins beaucoup de nostalgiques de la monarchie et n'adhéra dans son ensemble jamais totalement à la République.

25 Wilhelm Kahl (DVP), 11 juillet 1922, p. 8428.

26 Le député Emminger du parti catholique bavarois BVP, 11 juillet 1922, p. 8441.

27 « Je connais des partis qui sont aussi bien pour que contre des lois d'exception. Je connais en outre des partis qui sont aussi bien pour que contre la peine de mort ». W. Kahl, 11 juillet 1922 p. 8425 ; dans le même sens voir le député DVP et ancien ministre de la Justice Heinze : « Je vous mets en garde, Messieurs [...] N'en venez pas à opter pour des moyens que vous avez combattus pendant des décennies » (25 juin 1922, p. 8060).

Ceux-ci étaient susceptibles d'être expulsés du territoire allemand dans le cas d'une condamnation pour atteinte à la République (au titre des trois types de délit exposés plus haut) ; pour ceux qui se trouvaient à l'étranger, leur retour en Allemagne était suspendu à l'autorisation du gouvernement²⁸. Pour les députés du DNVP, ceux du parti libéral de droite DVP, à l'image du pénaliste Wilhelm Kahl et du futur chancelier puis ministre des affaires étrangères Gustav Stresemann, et même jusqu'au sein du DDP et du *Zentrum*, pourtant membres de la coalition gouvernementale, il s'agissait là d'une « violation insupportable »²⁹ des droits fondamentaux (liberté de circulation et égalité devant la loi). La commission des lois supprima d'ailleurs toute cette partie du projet avant que ne soit finalement réintroduite sous une forme plus restrictive la disposition concernant le retour des individus séjournant à l'étranger³⁰.

De manière plus générale, les députés, et notamment ceux des partis les plus au centre, soulèvent le problème fondamental qui est au cœur d'une telle législation : Comment concilier défense de l'État et droits des citoyens ? Ou, pour reprendre les termes du député démocrate Hamm, où tracer la frontière « entre le droit de l'État à la légitime défense et les droits libéraux de la

28 Cette dernière disposition visait Guillaume II et surtout son fils, le *Kronprinz*. *Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Republik*, V. Mitglieder vormals landesherrlicher Familien, § 13 et 14.

29 Le député Bell (rapporteur de la commission des lois), vol. 347, 247^e séance, 10 juillet 1922, p. 8399. Le mot « insupportable » (« unerträglich ») est aussi employé par Emminger (11 juillet 1922, p. 8436) et le démocrate Hamm (12 juillet 1922, p. 8472). Kahl parle même d'une disposition « inhumaine » (« unmenschlich »). 12 juillet 1922, p. 8508.

30 Le séjour pouvait être interdit ou restreint à certaines parties du *Reich* s'il existait une inquiétude fondée que le salut du *Reich* [fût] menacé. Toute décision dans ce sens devait être en outre justifiée par écrit et l'individu concerné avait un délai de deux semaines pour demander un arbitrage de la Cour d'État (*Gesetz zum Schutz der Republik vom 21. Juli 1922*, § 23).

personnalité?»³¹. Stresemann s'inquiète par exemple de ce qui constitue une des spécificités et nouveautés de la loi, à savoir l'introduction de mesures *préventives* tel que le paragraphe 7 du projet de loi autorisant l'interdiction préalable d'une réunion ou manifestation «s'il existe une inquiétude fondée que vont s'y tenir des discussions» constituant une atteinte à la République. Il se bat avec succès pour préciser la formulation des conditions de l'interdiction (à travers la formule «s'il existe des *faits* justifiant l'inquiétude [...]») et surtout pour que les réunions électorales soient exclues du champ d'application de ce paragraphe, afin qu'il ne puisse pas être utilisé par les partis au pouvoir contre leurs adversaires politiques³². Stresemann vote cependant finalement la loi, estimant qu'avec les modifications intervenues et nonobstant les restrictions subsistantes des libertés civiles, elle n'est plus une loi d'exception³³.

Sans vouloir aucunement nier la pertinence et l'importance des problèmes soulevés, il faut être néanmoins très prudent dans l'analyse de ce type d'argumentation dans le contexte weimarien, *a fortiori* quand elle émane de députés du DNVP. Pour les membres d'un parti qui se déclarait ouvertement monarchiste, ne cachait pas son hostilité envers la République et dont certains membres s'étaient distingués par leurs diatribes calomnieuses envers les politiciens assassinés, il fallait faire preuve d'une bonne dose de mauvaise foi pour donner des leçons de démocratie au SPD. C'est pourtant ce que fait le député et juge de profession Graef en déclarant

que les pères spirituels de la démocratie regarderaient avec honte leurs successeurs³⁴. Quant aux critiques, elles versent parfois dans un pathos et une outrance qui ruinent leur crédibilité. Ainsi Düringer prétend-il, à propos du délit de non-dénonciation d'une organisation visant l'assassinat d'un membre du gouvernement³⁵, que l'on doit «descendre dans les chambres de torture du Moyen-Âge [...] ou remonter à l'époque de la tyrannie des États de la Grèce antique» pour trouver trace de telles mesures d'exception; le principe «*justitia fundamentum regnorum*», insiste-t-il, vaut aussi pour la République³⁶. En outre, la comparaison avec la loi antisocialiste de 1878 ne résiste pas à une analyse approfondie: d'une part, celle-ci visait clairement la social-démocratie *en soi* en tant que mouvement politique, ce mouvement étant *a priori* et globalement qualifié de «dangereux» et «révolutionnaire»; d'autre part, alors qu'à tous les stades de son élaboration la Loi pour la protection de la République n'a toujours fait de l'interdiction d'un rassemblement ou d'une organisation qu'une possibilité dans certaines conditions, la loi de 1878 la décrétait de fait³⁷.

34 11 juillet 1922, p. 8415.

35 *Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Republik*, § 1, al. 2. La seule exception concernait les ecclésiastiques ayant eu connaissance des faits par confession.

36 «*Man muss schon in die Folterkammern des Mittelalters einsteigen, [...] in die Zeit des Tyrannis der altgriechischen Staaten zurückgehen*». 5 juillet 1922, p. 8296-98.

37 Voici le texte de l'article 1: «Les organisations qui visent par des aspirations social-démocrates, socialistes ou communistes à renverser l'ordre étatique et social existant [on voit ici l'amalgame entre toutes les tendances du mouvement ouvrier ainsi qu'entre idées socialistes et danger pour l'ordre existant, N. L. B] doivent être interdites.» *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie* du 21 octobre 1878, disponible sur le site: www.documentarchiv.de/ksr/soz_ges.html. L'amalgame n'est pas tenable même pour la question de l'expulsion des membres des anciennes familles régnantes. Celle-ci, aussi problématique fût-elle, était liée à la commission d'une infraction; la loi de 1878 en revanche

31 «*zwischen Notwehrrechten des Staats und liberalen Persönlichkeitsrechten*». 12 juillet 1922, p. 8469.

32 Voir Stresemann, 5 juillet 1922, p. 8313 et *Gesetz zum Schutz der Republik*, § 15. Les paragraphes permettant ces interdictions se situent dans la logique de la punissabilité anticipée présentée plus tard par Günter Jakobs comme une des caractéristiques du droit pénal de l'ennemi. Cf. l'article de ce dernier dans la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009, n°1, p. 14 sq.

33 Vol. 357, 254^e séance, 18 juillet 1922, p. 8708.

Pour bien appréhender ces discours, il est donc nécessaire de s'interroger sur leur fonction stratégique et leur signification politique dans le contexte weimarien. Il se trouve que l'invocation de l'État de droit, souvent teintée d'accents dramatiques, et la stigmatisation du discours « politique » (au sens de « *parteipolitisch* », de partisan) des adversaires, auxquels on opposait une argumentation purement « juridique », étaient chez les juristes weimariens – or les députés que nous devons de citer étaient tous juristes – des postures récurrentes qui étaient, contrairement à ce qu'ils prétendaient, tout sauf « apolitiques » ou neutres. Elles trahissaient au contraire une distance envers le nouvel État. On dénonçait ainsi comme illégitime et comme une violation des principes du droit toute exigence d'une plus grande intégration de la justice dans l'État républicain : cela valait pour la revendication que le droit soit appliqué et la justice rendue dans l'esprit de la nouvelle république démocratique, ou, par rapport au sujet qui nous préoccupe ici, celle que la justice contribue à la défense de la République³⁸. Ce n'est pas un hasard si le point le plus contesté de la loi avec les dispositions relatives aux anciennes familles régnantes fut la création et la composition de la Cour d'État pour la protection de la République. Il était en effet prévu que les membres issus du *Reichsgericht*, la plus haute instance judiciaire du *Reich*, soient minoritaires par rapport aux membres nommés par le Président du *Reich*, qui n'avaient

pas à avoir le statut de juge³⁹. Pour les sociaux-démocrates et les autres partis de gauche, le recours à des membres extérieurs à l'institution judiciaire était rendu nécessaire par l'absence de confiance du peuple dans les juges weimariens, qui résultait notamment de l'inégalité de traitement des accusés dans les procès politiques ; le slogan de « crise de confiance dans la justice » (*Vertrauenskrise der Justiz*) ne tarda d'ailleurs pas à s'imposer ensuite dans le débat public. C'est justement cette méfiance envers la justice et sa capacité à protéger la République qui explique les craintes de la gauche évoquées par Radbruch dans sa déclaration controversée du 25 juin. S'il y avait des juges républicains en Allemagne, estime même un député socialiste indépendant, la loi n'aurait même pas été nécessaire⁴⁰. À droite, en revanche, on voit dans la nomination par le Président la menace du règne de la « politique partisane » (*Parteipolitik*) si abhorrée ; on dénonce même l'instauration d'un « tribunal révolutionnaire » dont on se présente déjà en victime expiatoire, un « bûcher sur lequel l'opposition [...] doit être brûlée »⁴¹. Difficile également d'ignorer la motivation éminemment politique de ces critiques quand on constate

permettait l'interdiction *préventive* de séjour envers les personnes dont on pouvait craindre qu'elles représentent « une menace pour l'ordre et la sécurité publics » (§ 28 al. 2).

38 Il ne nous est pas possible de nous étendre ici sur la crise de la justice weimarienne. Nous nous permettons à nouveau de renvoyer à notre ouvrage : *Gustav Radbruch, op. cit.*, 2^e partie, notamment p. 93-96, et 160-167 (cf. aussi la bibliographie), ainsi qu'à notre article « Le juge, la politique et la démocratie : analyse comparative du discours des élites juridiques sous Weimar et dans l'après-guerre », *Allemagne d'aujourd'hui*, 2014, n° 208, p. 31-42.

39 La répartition varie aux différents stades du projet : de trois membres du *Reichsgericht* et quatre membres extérieurs en première lecture, on passa finalement à trois et six dans la version finale. À noter qu'au départ, Radbruch souhaitait que tous les membres soient nommés par le Président, mais qu'il dut renoncer très rapidement à cette idée face à l'opposition rencontrée.

40 Le député Eichhorn le 12 juillet 1922, p. 8482. Ces inquiétudes se révélèrent *a posteriori* justifiées dans la mesure où l'application de la loi toucha proportionnellement bien plus les communistes que l'extrême-droite et le NSDAP. Concernant l'application de la loi cf. C. GUSY, *Weimar, op. cit.* et G. JASPER, *op. cit.*

41 « *Scheiterhaufen, auf dem die [...] Opposition verbrannt werden sollte* », comme le formule le député Graef avec son habituel sens de la nuance (5 juillet 1922, p. 8414). Il emploie dans cette même intervention le terme de « *Revolutionstribunal* », de même que son collègue Barth (12 juillet 1922, p. 8487) et le député Emminger (11 juillet 1922, p. 8442). On peut néanmoins imaginer que la nomination par le Président aurait déclenché moins de réactions

que les protestations les plus indignées émanent du parti le plus antirépublicain, le DNVP, et de la Bavière, un *Land* certes attaché à sa souveraineté, mais qui servait aussi de refuge à un grand nombre d'organisations nationalistes paramilitaires radicales, les premières visées par la Loi. La Bavière et ses représentants firent d'ailleurs tout, y compris en engageant un bras de fer avec Berlin après la promulgation de la loi⁴², pour infléchir les dispositions sur la Cour d'État : d'une part ils firent inscrire dans la loi que les affaires concernant uniquement un *Land* ne seraient jugées devant la Cour d'État qu'à la demande de ce même *Land*, d'autre part ils obtinrent *a posteriori* la création d'une chambre spécifique pour les États du sud de l'Allemagne dont les membres étaient nommés par ces derniers. Ces modifications réduisaient bien entendu considérablement les prérogatives du nouveau tribunal ainsi que les bénéfices pour la protection de la République qui en étaient attendus⁴³.

Ces interférences politiques dans les prises de position sur les dispositions juridiques nous conduisent au second problème central soulevé par la déclaration controversée de Radbruch : celui de la définition du bien

indignées si la fonction n'avait pas été alors exercée par un social-démocrate...

42 Trois jours après la promulgation de la loi, la Bavière la suspendit par décret d'urgence et promulgua ses propres mesures de protection en arguant de l'atteinte faite à sa souveraineté en matière de justice, mais aussi du fait qu'il s'agissait d'une loi d'exception. Berlin protesta, mais étant donné la fragilité de la situation politique, choisit la voie des négociations qui aboutirent le 11 août 1922 au compromis expliqué ci-dessus. L'opposition de la droite et l'insatisfaction des forces républicaines face à la jurisprudence du *Staatsgerichtshof* expliquent qu'il perdit ses compétences pénales dès 1926 avant d'être définitivement dissous lors de la prolongation de la loi un an plus tard.

43 Pour ne donner qu'un seul exemple, mais ô combien significatif : c'est en raison de ce compromis qu'après le coup d'État manqué de novembre 1923, Hitler fut jugé pour haute trahison non pas devant la Cour d'État, mais devant le tribunal populaire (*Volksgericht*) de Munich, avec le résultat que l'on sait...

juridique à protéger et par conséquent de l'identification de « l'ennemi ». Les modifications successives de la formulation initiale du premier décret auquel se référait Radbruch le 25 juin sont à cet égard très révélatrices. De la protection de la « forme républicaine de l'État », on passe ainsi dans le projet de loi à celle de la « forme républicaine constitutionnelle de l'État » (*verfassungsmäßige republikanische Staatsform*) pour finalement adopter en dernière lecture l'expression « forme républicaine de l'État établie par la constitution » (*verfassungsmäßig festgestellte republikanische Staatsform*). Loin d'être une simple question de formulation, ce changement correspond à un glissement sémantique et politique dont on prend mieux la mesure quand on analyse le discours de Stresemann : ne serait-il pas plus judicieux, se demande ainsi ce dernier en première lecture, de parler, plutôt que de protection de la République, de « protection de la constitution » (*Schutz der Verfassung*) ? Pour Stresemann, le problème essentiel n'était en effet pas l'opposition entre partisans de la monarchie et de la république, n'était pas la forme de l'État (selon lui, les auteurs de la constitution rabaissaient même leur œuvre en y voyant là l'essentiel), mais l'alternative entre « approbation ou destruction de l'État »⁴⁴. Cette argumentation relève d'un discours là encore caractéristique des élites weimariennes, que l'on retrouve aussi bien chez les juristes et les politiciens que chez les universitaires : la disjonction entre la forme de l'État et « l'État » en tant que tel⁴⁵. Une telle disjonction était très commode dans la mesure où elle permettait aux monarchistes (dont faisaient partie Stresemann et une

44 « *Staatsbejahung oder Staatszerstörung* », 5 juillet 1922, p. 8310 (C'est nous qui soulignons dans la traduction, N. L. B). Dans le même sens Kahl, 11 juillet 1922, p. 8428.

45 Le Président de l'Association des juges allemands Max Reichert pouvait ainsi affirmer : Les juges allemands honorent et respectent la constitution ; [...] mais ce qu'en tant que juges nous retenons de la constitution, ce n'est pas en premier lieu la forme de l'État ». Discours cité dans la *Deutsche Richterzeitung*, 1925, 17, col. 17.

bonne partie du DVP, ainsi que le DNVP) de proclamer leur loyauté envers l'État tout en relativisant l'importance de la forme de gouvernement et en insistant sur la possibilité de la modifier par la voie légale majoritaire ; ils pouvaient ainsi s'exclure de la catégorie des « ennemis » tout en y incluant par contre les communistes qui affichaient leurs objectifs révolutionnaires. Radbruch lui-même avait souligné que le changement de formulation par rapport au décret d'urgence impliquait que la loi pût être appliquée également contre les communistes, ce qui avait déclenché la colère de ces derniers mais apaisé une partie des critiques à droite. Or, le gouvernement avait besoin du soutien du DVP pour s'assurer la majorité des deux tiers nécessaire⁴⁶, le soutien de l'extrême gauche étant incertain. Cela était aussi sans doute plus satisfaisant sur un plan juridique, mais ne résolvait pas le problème *politique* de l'absence de consensus autour de la République. Car même si la loi s'intitule finalement bien « Loi pour la protection de la République », il y a incontestablement, pour reprendre ici l'analyse de l'historien Gotthard Jasper, un déplacement d'accent d'une protection « militante » de la République démocratique, comprise au-delà du texte constitutionnel comme un ensemble de principes et valeurs, vers une protection beaucoup plus « neutre » et formelle de la « constitution »⁴⁷.

L'interprétation de la formule « *verfassungsmäßig festgestellte republikanische Staatsform* » par les organes

judiciaires illustre les répercussions concrètes de ce glissement. On se contentera de citer ici un fameux jugement du *Reichsgericht* sur le qualificatif de « République juive » (« *Judenrepublik* ») utilisé lors d'une réunion du *Jungdeutscher Orden*, une organisation nationaliste et antisémite. Non seulement le tribunal ne prit pas en compte les circonstances pour déterminer s'il s'agissait ou non d'une injure à l'encontre de la République au titre du § 8 de la loi, mais il précisa que les prévenus avaient calomnié seulement la « forme de gouvernement actuelle du Reich » (*gegenwärtige Staatsform des Reiches*), et pas la « forme de gouvernement établie par la constitution » – sans indiquer quelle pouvait bien être cette « forme actuelle » différente de celle fixée dans la constitution⁴⁸ ! La formulation restrictive de la loi permettait aussi de la contourner, ce à quoi s'entendirent parfaitement les nationaux-socialistes en s'en prenant non pas littéralement à la constitution, mais au « système »⁴⁹.

Le glissement observé au cours des débats de 1922 se poursuivit ensuite au cours de la République de Weimar pour aboutir, dans les décrets d'urgence de la période de crise 1930-1932, à une disjonction de plus en plus marquée entre protection de l'État et de la République. Dans les différents décrets « de lutte contre les actes de violence politique » (« *zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen* ») ou « pour préserver l'autorité de l'État » (« *zur Sicherung der Staatsautorität* »), il n'est en effet plus question de menaces contre la République, mais pour « la sécurité et l'ordre publics » (« *die öffentliche Sicherheit und Ordnung* »), pour « l'autorité de l'État » ou « les intérêts vitaux de l'État » (« *lebenswichtige Interessen des Staates* »). Or, avec la disparition de la République comme objet de la protection juridique et au vu de la disjonction évoquée entre État et forme de l'État, c'était aussi la définition de « l'ennemi » qui

46 Majorité nécessaire pour toute loi modifiant la constitution ou y dérogeant. Or c'était le cas pour la *Republikenschutzgesetz* en raison de la disposition concernant les membres des anciennes familles régnantes (qui était une restriction au principe de l'égalité devant la loi) et de celle donnant rétroactivement (ce que la constitution excluait) des compétences à la Cour d'État pour des crimes commis avant sa mise en place (§ 13).

47 G. JASPER, *op. cit.*, p. 71. Compte tenu de ce conflit autour de la forme de l'État, la crispation sur le traitement des anciennes familles régnantes était évidemment tout sauf un hasard.

48 Voir C. GUSY, *op. cit.*, p. 161 (avec d'autres exemples).

49 *Ibid.*, p. 162 sq.

changeait. Les décrets pouvaient ainsi se retourner contre les organisations de défense de la République qui s'opposaient aux gouvernements à tendance autoritaires alors en place, et donc à « l'autorité de l'État »⁵⁰. À cet égard, le « décret d'urgence pour la protection du peuple et de l'État »⁵¹ promulgué par les nazis au lendemain de l'incendie du *Reichstag*, imputé aux communistes afin de justifier des mesures d'exception visant à protéger l'État de la menace qu'ils représentaient, se situe *aussi* dans la continuité d'une évolution potentiellement en germe déjà dans les années 1920.

En guise de bilan intermédiaire, on pourrait dire que si immédiatement après le choc de l'assassinat de Rathenau, il y eut un accord assez large sur la nécessité d'adopter des mesures pénales de défense de l'État, il n'existait en revanche de consensus ni sur l'objet exact de la protection, ni sur l'identité de « l'ennemi ». Cette absence de consensus constituait d'une part un écueil pour les forces républicaines, contraintes, à l'image de Radbruch, de louvoyer entre les communistes et la droite pour trouver un compromis; elle venait d'autre part souvent en quelque sorte « parasiter » ou biaiser le discours des détracteurs de la loi, dont il faut toujours faire *aussi* une lecture stratégique et politique tenant compte de ce contexte. Et c'est enfin cette même absence de consensus qui explique largement l'inefficacité de ces mesures.

2. La protection de l'État dans la jeune République Fédérale: Comment défendre au mieux la démocratie contre ses ennemis?

Faisons maintenant un saut dans le temps vers 1950, année où la toute jeune République Fédérale, fondée

officiellement le 23 mai 1949 avec la promulgation de la Loi Fondamentale, débat de la Loi de modification du Code Pénal qui a pour objet la protection de l'État. Sur le plan législatif et de son processus d'élaboration, cette loi se distingue doublement de celle de 1922: d'une part, il s'agit cette fois non pas d'une législation spéciale à la validité limitée dans le temps, mais, comme l'indique le nom *Strafrechtsänderungsgesetz*, de dispositions intégrées dans le Code pénal – un choix justement explicitement motivé par l'expérience négative de Weimar⁵². D'autre part, et même si elle fut surnommée la « loi éclair » (*Blitzgesetz*), le processus législatif fut en réalité bien plus long (un an et demi) et aussi plus complexe⁵³: tout commença par un projet de « loi contre les ennemis de la démocratie » déposé par les sociaux-démocrates⁵⁴ alors que le gouvernement avait déjà commencé à travailler sur son propre projet; après un premier passage devant le *Bundesrat*, la représentation des *Länder*, le projet gouvernemental fut finalement présenté en première lecture au *Bundestag* en septembre 1950 avant d'être renvoyé devant la commission des lois; le projet fortement modifié ne revint devant les députés qu'en juillet 1951 avant d'être promulgué fin août. La loi est

52 Voir l'exposé des motifs du projet de loi gouvernemental: *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches* (par la suite *Entwurf I*), 1. Wahlperiode, Drucksache n°1307 (disponible dans les archives en ligne du *Deutscher Bundestag*, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/013/0101307.pdf>). Le projet explique (p. 29) que ce type de loi spéciale ne contribue pas à apaiser l'atmosphère politique, mais qu'au contraire elle n'en paraît que plus contestable. Rappelons aussi que le Code pénal en vigueur était en fait toujours celui de 1871 et qu'une révision de celui-ci paraissait indispensable.

53 Le professeur de droit pénal Hellmuth von Weber juge précisément ce qualificatif injuste. « Das Strafrechtsänderungsgesetz », *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1951, 5, p. 517.

54 *Entwurf eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie*, 1. Wahlperiode, Drucksache n° 563, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/005/0100563.pdf>.

50 On trouve les textes de tous ces décrets chez E. HUBER, *op. cit.*, p. 495 et suivantes. Cf. aussi C. Gusy, *op. cit.*, p. 191-216.

51 *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* (« Reichstagsbrandverordnung ») du 28 février 1933, consultable sur www.documentarchiv.de/ns/rtbrand.html.

enfin beaucoup plus étoffée que celle de 1922, puisqu'elle englobe aussi des questions liées à la sécurité extérieure⁵⁵.

Ces différences n'empêchent pas pour autant les points communs entre les deux processus. Le premier réside dans le contexte politique et la manière dont il est utilisé comme argument pour légitimer le recours à des mesures pénales. Début 1950, la République fédérale est une jeune démocratie encore fragile, et les agissements de groupes néonazis suscitent l'inquiétude. On était certes bien loin de la situation de crise de 1922, mais c'est précisément le souvenir de Weimar qui explique l'exacerbation de craintes que l'on peut avec le recul trouver quelque peu exagérées⁵⁶. Le dépôt du projet de loi contre les ennemis de la démocratie par les députés SPD est ainsi en lien direct avec une affaire qui fit alors grand bruit : l'affaire Hedler⁵⁷. Wolfgang Hedler, député du *Deutsche Partei*, parti alors membre de la coalition gouvernementale du chancelier Adenauer, avait, dans un discours tenu en novembre 1949, qualifié les résistants de traîtres à leur pays (*Landesverräter*), s'en était pris dans des termes similaires à Kurt Schumacher, le président du SPD, et avait tenu des propos pour le moins ambivalents, dont la teneur exacte demeura jusqu'au bout incertaine, sur les Juifs et leur sort sous le nazisme. Inculpé entre autres d'outrage aux combattants de la résistance allemande et

aux Juifs, Hedler obtint pourtant en février 1950 un non-lieu pour tous les chefs d'accusation. Le jugement déclencha de vives protestations dans l'opinion publique, mais aussi au *Bundestag*⁵⁸. Cette affaire, qui fait ressurgir chez les sociaux-démocrates le spectre de la justice politique weimarienne, est très présente dans le débat du 16 mars 1950 autour de leur projet de loi⁵⁹. Après le déclenchement de la guerre de Corée en juin 1950, la perception de l'origine de la menace se déplace clairement vers l'agitation communiste. Ce glissement est manifeste dans l'intervention du ministre de la Justice Thomas Dehler lors de la première lecture du projet de loi gouvernemental en septembre 1950, même si l'exposé des motifs évoque aussi le danger d'une résurgence des idées national-socialistes⁶⁰. Une nouvelle loi, explique-t-il, est nécessaire non seulement pour combler une lacune dans le droit pénal consécutive à la suspension par les Alliés des paragraphes sur la haute trahison⁶¹, mais l'est d'autant plus que l'incrimination traditionnelle de haute trahison (*Hochverrat*) présente dans le Code pénal de 1871, qui présuppose l'usage de la violence ou la menace du recours à la violence (*Gewalt oder Drohung mit Gewalt*), est dépassée face aux nouvelles méthodes des « ennemis ». Ces nouvelles méthodes, ce sont celles de la « révolution froide » (« *kalte Revolution* »), qui n'impliquent pas nécessairement le recours à la violence, mais résident

55 Notamment les dispositions concernant le crime de trahison (*Landesverrat*). Nous ne les évoquons pas compte tenu du cadre imparti et de notre problématique qui concerne d'abord les ennemis et la protection de l'ordre intérieurs. Le texte complet (*Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951*) de la loi se trouve en annexe chez R. SCHIFFERS, *op. cit.*, p. 347-361.

56 Dans ce sens Sebastian ULLRICH, *Der Weimar-Komplex: Das Scheitern der ersten deutschen Demokratie und die politische Kultur der frühen Bundesrepublik 1945-1959*, Göttingen, Wallstein, 2009, p. 349, 620.

57 Le lien est souligné notamment par Norbert FREI, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, Munich, C. H. Beck, 1996, p. 318. Pour un résumé de l'affaire, *ibid.*, p. 311 et suivantes.

58 Le président du groupe parlementaire SPD, Erich Ollenhauer, demanda même que les juges soient mis en accusation pour application volontairement incorrecte de la loi (*Rechtsbeugung*).

59 Voir l'intervention du rapporteur du projet, l'avocat Otto Heinrich GREVE, in *Verhandlungen des Deutschen Bundestages. Stenographische Berichte*, vol. 2, 47^e séance, 16 mars 1950, p. 1593 et suivantes. Il parle d'une « évolution similaire » (« *Gleichlauf* ») de la justice.

60 *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, vol. 5, 83^e séance, 12 septembre 1950, p. 3108. Pour l'exposé des motifs, *Entwurf 1*, p. 28.

61 La Loi Fondamentale contenait seulement des dispositions provisoires minimales dans son article 143.

dans la propagande, la manipulation psychologique, les techniques pour influencer les masses – la référence aux méthodes des communistes est très claire. Il est toutefois intéressant de noter que la nécessité du recours à de nouvelles dispositions pénales est aussi justifiée par l'exemple de la « prise du pouvoir » (*Machtergreifung*) « légale » d'Hitler en 1933⁶².

Cela nous amène à ce qui constitue par-delà les frontières partisans le fondement de la légitimation de mesures pénales de protection de l'État : l'argument historique, et donc l'expérience de Weimar. La nécessité d'empêcher que la République fédérale ne connaisse le même sort que celle de Weimar, de ne pas reproduire les mêmes erreurs qu'elle en ne se défendant pas contre ses ennemis, constitue le véritable leitmotiv des débats. On le retrouve aussi bien dans le discours des sociaux-démocrates que dans celui des députés de la CDU ou du ministre de la Justice : du côté du SPD, Greve estime que les politiques « ont le devoir d'agir » s'ils ne veulent pas « reproduire les erreurs faites après 1918 » et « perdre une deuxième fois la démocratie par [leur] faute », et Adolf Arndt affiche sa résolution à défendre la démocratie en déclarant que la RFA n'est pas une « démocratie suicidaire » (*Selbstmorddemokratie*) ou encore : « Nous ne sommes pas des Weimariens ». Pour le député CDU Bausch, il faut tirer les leçons du passé : la démocratie weimarienne « ne s'est pas défendue ». Quant au ministre Dehler, il voit dans l'exemple de Weimar une « mise en garde » contre l'octroi d'une liberté excessive aux ennemis de la liberté : « une démocratie qui n'est pas disposée à se défendre ne peut pas subsister ». L'« argument Weimar »

62 Voir l'exposé des motifs, *Entwurf 1*, § 90, p. 34 et l'intervention de Dehler au Bundestag, 12 septembre 1950, p. 3107. Lors du Congrès des Juristes, von Weber souligne aussi les limites des dispositions traditionnelles sur la haute trahison (*Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 10).

figure également en bonne place dans l'exposé des motifs de la loi⁶³.

Cette argumentation n'a rien de surprenant dans la mesure où, comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, la République Fédérale s'est construite en opposition non seulement au nazisme – un aspect qui joue bien sûr également en rôle en 1950, comme le montre le lien avec l'affaire Hedler⁶⁴ – mais aussi à Weimar, une démocratie perçue comme trop faible et trop tolérante envers ses ennemis. L'analyse de la législation sur la protection de la République semble toutefois rétrospectivement remettre en cause cette argumentation. Il est en effet inexact de dire que Weimar n'a rien tenté pour se défendre : l'État disposait d'instruments comme l'interdiction d'organisations qui auraient pu être plus efficaces, à défaut d'être suffisants, s'ils avaient été utilisés de manière conséquente et dans la logique qui était celle de Wirth et Radbruch en 1922⁶⁵. Mais les limites de ce jugement

63 Pour Greve, voir la séance du 16 mars 1950, p. 1594 ; pour Arndt voir respectivement 12 septembre 1950, p. 3119 et vol. 8, 160^e séance, 11 juillet 1951, p. 6480 (« *Wir sind keine Weimaraner* ») ; pour Bausch, 12 septembre 1950, p. 3111 ; pour Dehler, 12 septembre 1950, p. 3105 et p. 3110 (« *Eine Demokratie, die nicht gewillt ist, sich zu verteidigen, kann nicht bestehen* ») ainsi que *Entwurf 1*, *op. cit.*, p. 27.

64 Norbert Frei s'intéresse ainsi à la loi comme une des deux faces de la « politique du passé » (*Vergangenheitspolitik*) des années 1950 (N. FREI, *op. cit.*, troisième partie, p. 307 et suivantes). Pour la RFA, Il s'agissait avec ces sanctions pénales de se démarquer clairement sur un plan normatif et juridique de l'idéologie national-socialiste et des mouvements qui voulaient la faire perdurer et par là d'apporter un correctif et une légitimation à une politique du passé placée sinon sous le signe de l'amnistie et de l'intégration des individus, et notamment des fonctionnaires, compromis sous le nazisme.

65 C'est la thèse défendue par Christoph Gusy dans son ouvrage *Weimar - die wehrlose Republik?* (*op. cit.*). Friedrich Karl Fromme souligne par ailleurs que le chancelier Wirth avait en fait déjà formulé le concept de démocratie combative en 1922 en justifiant le recours à des mesures pénales pour protéger la République. « Die Streitbare Demokratie im Bonner Grundgesetz. Ein Verfassungsbegriff im Wandel », in *Verfassungsschutz und Rechtsstaat*,

unilatéral sur Weimar ne changent rien à ce qui nous intéresse ici, à savoir que la faiblesse de la démocratie weimarienne et la volonté que la RFA se démarque de celle-ci en s'affirmant comme une « démocratie combative » (*streitbare Demokratie*) correspondaient à la « doxa » dominante de l'époque par-delà les clivages politiques⁶⁶. Le concept de *streitbare Demokratie*, que l'on résume parfois par la formule « pas de liberté absolue pour les ennemis de la liberté », certes simplificatrice, mais figurant néanmoins dans le jugement de 1956 de la Cour constitutionnelle fédérale sur l'interdiction du parti communiste KPD⁶⁷, n'apparaît pas dans la Loi Fondamentale. Il n'en est pas moins considéré comme un des fondements de la RFA. La capacité de la démocratie à se défendre va de pair avec la détermination d'un noyau de valeurs et règles fondamentales intangibles soustraites à la souveraineté du législateur constitutionnel, comme le

stipule l'article 79 de la Loi Fondamentale. Ce principe n'est d'ailleurs pas sans conséquence pour notre analyse, dans la mesure où dans l'appel à une « protection de la constitution » ou à une défense contre « les ennemis de la constitution », le terme « constitution » fait référence à un contenu normatif déterminé, ce qui n'était pas nécessairement le cas, on l'a vu, sous Weimar. La loi de 1951 ne fait pas partie au sens strict des dispositions relevant de la *streitbare Demokratie*, qui sont de l'ordre du droit constitutionnel⁶⁸, mais les discours tenus par les députés pour justifier le recours à la législation pénale, et c'est ce qui nous intéresse ici, s'inscrivent incontestablement dans cette logique.

La détermination des parlementaires à défendre la démocratie se manifeste dans un certain nombre d'éléments rhétoriques et linguistiques récurrents. Par rapport aux débats de 1922, le champ sémantique de la lutte est ainsi encore plus présent, non seulement à travers le mot de « défense » (*Verteidigung, Abwehr*), mais aussi à travers la métaphore de l'arme (*Waffe*) : le ministre de la Justice parle ainsi de « créer les armes pénales (*strafrechtliche Waffen*) pour lutter contre les ennemis de la démocratie », et les députés Kiesinger et Bausch utilisent l'expression « forger les armes » (*Waffen schmieden*)⁶⁹. Qualifier la loi de « déclaration de guerre ouverte (« *offene Kampfansage* ») aux ennemis de la démocratie », comme le fait le député Greve, ou bien expliquer qu'il faut « avancer [...] la ligne de défense » (« *die Verteidigungslinie [...] vorverlegen* ») de la démocratie va aussi dans le sens d'un rapprochement entre la logique de la législation pénale et celle de la guerre⁷⁰. En outre, le

hrsg. vom Bundesministerium des Innern, Cologne – Berlin – Bonn, Carl Heymanns Verlag KG 1981, p. 186.

66 Voir sur ce point S. ULLRICH, *op. cit.* surtout p.348 et suivantes. Rares sont ceux, dans les textes que nous avons lus, qui soulignent que le problème de Weimar n'était pas l'absence de mesures de défense de la démocratie. Citons les deux procureurs Richard Schmid (« Das politische Strafrecht. Bemerkungen zum Regierungsentwurf », *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1950, 5, p. 339) et Karl Bader (qui se réfère à Schmid), in *Der Schutz des Staates, op. cit.*, p. 27, ainsi que le ministre de la Justice bavarois Josef Müller, *ibid.*, p. 54.

67 « Keine unbedingte Freiheit für die Feinde der Freiheit ». Pour traduire l'ensemble du passage, où l'on retrouve la référence à Weimar : « Face à de tels partis, la démocratie libérale, qui doit défendre et assurer la dignité de l'homme, ne peut adopter une attitude de neutralité, et déterminer quels moyens elle veut employer pour résoudre l'exigence qui s'impose pour elle : « pas de liberté absolue pour les ennemis de la liberté », devient un problème de droit constitutionnel. La constitution de Weimar a renoncé à une solution, conservé son indifférence politique et a pour cette raison succombé au plus agressif de ces partis « totalitaires ». BVerfGE 5, p. 138. Sur le concept cf. par exemple Eckard Jesse, *Streitbare Demokratie: Theorie, Praxis und Herausforderungen in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Colloquium-Verlag, 21981, chap. 3.

68 Il s'agit surtout de l'article 79, donc, et de l'article 21 §2 sur les partis (voir E. JESSE, *op. cit.*, p. 22). Sur ce lien entre la loi et la *streitbare Demokratie* cf. aussi K. F. FROMME, *op. cit.*, p. 195 et R. SCHIFFERS, *op. cit.*, p. 19.

69 Pour Dehler et Bausch, 12 septembre 1950, respectivement p. 3105 et 3112 ; pour Kiesinger, 11 juillet 1951, p. 6479.

70 Cf. Greve, 16 mars 1950, p. 1597, et *Entwurf 1*, p. 34.

terme même d'« ennemi », de *Feind*, est globalement plus présent que dans les débats de 1922, où si l'on excepte le discours de Wirth, il apparaissait essentiellement dans l'adjectif « *staatsfeindlich* ». En 1950/51, non seulement la notion d'« organisations hostiles à l'État » ou « à la constitution » (*verfassungsfeindlich*) est toujours utilisée, même si elle ne sera finalement pas retenue dans la version finale de la loi, mais les expressions « ennemis de la démocratie » (*Feinde der Demokratie*) et « ennemi de l'État » (*Staatsfeind*) sont employées fréquemment, depuis le titre même du projet de loi du SPD jusqu'à l'exposé des motifs du premier projet de loi en passant par les déclarations de députés issus de différents partis⁷¹. Enfin, on recourt comme en 1922 à des métaphores péjoratives pour désigner l'ennemi : les ennemis sont des « poux » (*Läusen*), des « rats » (*Ratten*) ou des « campagnols » (*Wühlmäuse*) qui rongent les fondations de l'État⁷². S'y ajoute la comparaison des nouvelles méthodes employées par les ennemis avec la stratégie du cheval de Troie. Plus encore, cette stigmatisation de l'ennemi tend parfois – toujours en référence aux communistes, notons-le – vers la diabolisation : « le Mal est si proche », déclare ainsi le ministre Dehler pour inciter les députés à adopter rapidement son projet de loi⁷³. De façon assez paradoxale quand on connaît la violence des affrontements politiques

sous Weimar, le discours autour de la loi de 1950 se révèle finalement chez les acteurs politiques encore plus « contaminé » par la logique de la lutte et de l'ennemi que cela n'était le cas en 1922. Cela peut certes s'expliquer par un consensus plus large autour de la démocratie et une détermination plus grande à la défendre, mais également par l'anticommunisme virulent des débuts de la Guerre froide. Et il n'est pas interdit non plus d'y voir l'impact de la période nazie, dont ce type de rhétorique et de métaphores étaient caractéristiques, sur le langage politique...

Ce consensus autour de la nécessité de mesures pénales et globalement de l'objet de la protection, dont il faut toutefois exclure les rares députés communistes, constituait une configuration nouvelle par rapport à Weimar. Cela n'empêcha pas pour autant la loi ou certaines de ses dispositions d'être contestées, et parfois de façon très virulente. Une grande partie des critiques relèvent d'une problématique déjà abordée en 1922 : les tensions entre effectivité de la protection de l'État d'un côté et logique de l'État de droit de l'autre ou, pour citer le député Reismann du *Zentrum*, la difficulté à trouver « le juste milieu entre protection de l'État et protection de la personnalité libre »⁷⁴. Face à la logique de la punissabilité anticipée (puisqu'il s'agit d'« avancer la ligne de défense »)⁷⁵ que l'on retrouve notamment dans les incriminations de création d'une organisation poursuivant des objectifs contraires à l'ordre constitutionnel et de soutien à une telle organisation⁷⁶,

71 Cf. *Entwurf 1*, p. 28 et 34 et parmi de nombreux exemples Greve et Donhauser (Bayernpartei) le 16 mars 1950, p. 1593 sq. et 1607 ; Bausch et Arndt le 12 septembre, p. 3111 et 3118 ; Wahl et Kopf (CDU), vol. 8, 158^e séance, 9 juillet 1950, p. 6304 et 6330. Bausch et Donhauser parlent même des « ennemis mortels » (« *Todfeinde* ») de la démocratie. La loi opte pour l'adjectif « *verfassungsverräterisch* » (« trahissant à la constitution ») ou « trahissant la constitution ». Cf. *Strafrechtsänderungsgesetz*, § 90.

72 Voir respectivement Greve, 16 mars 1950, p. 1596 ; Ewers (Deutsche Partei), 11 juillet 1951, p. 6481.

73 « *Das Böse liegt so nah* ». Dehler, 12 septembre 1950, p. 3108. Pour l'évocation du cheval de Troie, *ibid.* Le député Bausch emploie quant à lui le terme de « *Bösewichter* », les « scélérats ». 12 septembre 1950, p. 3111.

74 « *die rechte Mitte zwischen Schutz des Staats und Schutz der freien Persönlichkeit* ». 12 septembre 1950, p. 3120.

75 Le terme de « *vorverlegen* » est très proche de celui de « *Vorverlagerung* » utilisé plus tard par Günter Jakobs pour décrire une des formes du droit pénal de l'ennemi et traduit par la notion d'« anticipation ».

76 § 129 du projet gouvernemental (*Entwurf 1*, p. 13), qui vise toutes les organisations criminelles, puis § 90a du projet modifié par la commission (*Erster Mündlicher Bericht des*

et face aux éléments subjectifs constitutifs d'infractions reposant avant tout sur « l'intention » de l'individu, de nombreuses voix, tant au *Bundestag* et au *Bundesrat* que de façon parfois encore plus virulente dans la presse et dans les milieux juridiques, s'élèvent pour mettre en garde contre une « loi-muselière » (*Maulkorbgesetz*)⁷⁷, une dérive vers un droit pénal sanctionnant non pas des actes, mais des convictions (*Gesinnungsstrafrecht*)⁷⁸ – des expressions déjà employées sous Weimar –, voire une dérive vers un « État policier » (*Polizeistaat*) ou même une « démocratie terroriste »⁷⁹. On dénonce aussi le recours à des « concepts élastiques » (« *Kautschukbegriffe* ») qui non seulement

menacent les libertés individuelles, mais rendraient la tâche impossible pour les juges, auxquels on est de plus loin, vu le passif de l'institution judiciaire, de faire une confiance absolue, en tout cas au sein du SPD⁸⁰. En outre, comme sous Weimar, les critiques s'accompagnent souvent de comparaisons historiques : si les méthodes répressives du chancelier autrichien Metternich au début du XIX^e siècle ou celles du Moyen Âge sont évoquées, voire encore ponctuellement la loi antisocialiste de 1878, la comparaison dominante est néanmoins celle dénonçant une continuité avec la législation nazie, et notamment avec le décret sur la protection du peuple et de l'État de février 1933 ainsi qu'avec la « *Heimtückegesetz* » du 20 décembre 1934 (littéralement « Loi contre les attaques perfides [*heimtückisch*] contre l'État et le parti et pour la protection des uniformes du parti »)⁸¹.

Pour illustrer et comprendre cette contestation, on peut prendre un exemple qui cristallisa particulièrement les critiques lors de la première lecture du projet gouvernemental en septembre 1950 : l'incrimination nouvelle et centrale, car elle incarnait cette volonté d'aller au-delà des dispositions pénales traditionnelles de protection de l'État, de *Verfassungsstörung* (littéralement : « perturbation de la constitution »). Le § 90 du projet

Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungswesen, *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes*, 1. Wahlperiode, n° 2414, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/024/0102414.pdf> qui crée une incrimination spécifique liée aux visées anticonstitutionnelles, mais reste dans la même logique préventive. L'inculpation pouvait même précéder une décision constatant le caractère anticonstitutionnel de l'organisation en vertu de l'article 9 de la Loi Fondamentale.

77 Cf. par exemple le ministre bavarois Josef Müller, *Verhandlungen des Bundesrates. Stenographische Berichte*, 25^e séance, 23 juin 1950, p. 430 (disponible en ligne sur le site du Bundesrat : <http://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/plenarprotokolle/1950/Plenarprotokoll-25.pdf>) ; Ernst Friedländer, « Bonner Illusionen », *Die Zeit*, 23 mars 1950 (<http://www.zeit.de/1950/12/bonner-illusionen>).

78 Voir par exemple le député Ewers, 12 septembre 1950, p. 3315 et 9 juillet 1951, p. 6481, et la résolution du Congrès des Juristes allemands (*Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 97). L'accusation est aussi récurrente du côté des communistes (et surtout du député Fisch), mais leur rejet fondamental de la RFA et les contre-vérités grossières qu'ils énoncent dans la droite ligne de la propagande soviétique ôtent pratiquement toute crédibilité à leurs critiques. C'est en tout cas l'aspect sur lequel insistent le plus les différents orateurs : on ne peut recourir qu'à des moyens compatibles avec les principes de la démocratie libérale.

79 Pour la comparaison avec un État policier cf. Josef Müller au Bundesrat, 23 juin 1950, p. 430 ; « Neues Biedermeier Bonner Staatsschutzgesetz », *Die Zeit*, 25 juin 1950 (<http://www.zeit.de/1950/21/neues-biedermeier-bonner-staatsschutzgesetz>). L'expression « *terroristische Demokratie* » apparaît dans l'article « Bonner Illusionen » dans *Die Zeit* (*op. cit.*).

80 Le problème que ces dispositions posent au juge est souligné par Josef Müller au Bundesrat, 23 juin 1950, p. 430, par Greve (qui insiste surtout sur la nécessité de pouvoir avoir confiance dans les juges à qui on confie une telle loi) le 16 mars 1950 (p. 1597), par Ewers qui met en garde contre la contestation des futurs jugements (12 septembre 1950, p. 3115), ainsi que par Adolf Arndt dans ses interventions du 9 juillet 1951, p. 6306 et 6317, et du 11 juillet, p. 6480. C'est aussi une des deux principales critiques formulées lors du Congrès des juristes de 1950 (cf. l'exposé de Bader dans *Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 28).

81 Cf. par exemple « Neues Biedermeier Bonner Staatsschutzgesetz », *op. cit.* (pour la comparaison avec Metternich) ; pour celle avec la loi antisocialiste von Merkatz (Deutsche Partei), 16 mars 1950, p. 1605 ; pour la référence à la *Heimtückegesetz* Donhauser, 16 mars 1950, p. 1607 et Paul (KPD), 12 septembre 1950, p. 3116.

prévoyait ainsi une peine de prison pour «celui qui accomplit un acte visant à changer ou à perturber l'ordre constitutionnel de la République Fédérale allemande ou d'un de ces *Länder*», sans autre précision⁸². Les critiques formulées contre ce paragraphe sont d'autant plus intéressantes qu'elles transcendent les frontières entre les camps politiques ainsi que celles entre les acteurs politiques et les milieux juridiques. Ainsi le social-démocrate Arndt, le député FDP Euler, pourtant membre de la coalition gouvernementale, et le Congrès des Juristes soulèvent-ils tous le problème d'application et d'interprétation posé par une norme aussi floue⁸³. Quant au *Bundesrat*, il préconise purement et simplement, sous l'impulsion des deux rapporteurs Beyerle et Müller, tous deux membres de la CSU (parti aussi au gouvernement à Bonn), de supprimer ce paragraphe, dont il approuve certes l'intention générale, mais qui nécessite un débat préalable au sein de l'opinion publique et avec les juristes⁸⁴.

Ce paragraphe, auquel le gouvernement ne veut pas renoncer, se retrouve ensuite au cœur des discussions de la commission des lois, qui remanie en profondeur le projet⁸⁵. Les dispositions pénales nouvelles visant la protection de la constitution et de la démocratie, qui dans la première version étaient dispersées dans plusieurs sections (haute trahison et perturbation de la constitution d'une part, dénigrement de l'État et des organes de l'État d'autre part), sont désormais regroupées dans une même section intitulée «*Staatsgefährdung*»,

soit «atteinte à la sûreté de l'État», concept qui remplace celui de «*Verfassungsstörung*». Cette section s'ouvre sur un paragraphe (§88) tentant de définir le plus précisément possible les éléments constitutifs de l'infraction: y est dressée une liste des principes constitutionnels (*Verfassungsgrundsätze*) devant servir de critères pour établir s'il y a bien ou non «atteinte à la sûreté de l'État»: l'exercice de la souveraineté du peuple lors d'élections, la soumission du pouvoir législatif et exécutif à la loi et au droit, le droit à la formation d'une opposition, la responsabilité du gouvernement devant le Parlement et l'indépendance des tribunaux, auxquels est ajoutée, dans la version finale la loi⁸⁶, l'exclusion de tout régime basé sur la violence et l'arbitraire (*Gewalt- und Willkürherrschaft*). C'est l'intention de vouloir abolir au moins un de ces principes constitutionnels qui détermine s'il y a ou non atteinte à la sûreté de l'État. Si les débats sur la formulation et la liste elle-même des principes constitutionnels sont longs et parfois tendus, cette solution finit par globalement satisfaire tout le monde⁸⁷. Il est toutefois difficilement compréhensible que le terme de *Staatsgefährdung* ait pu faire consensus dans la mesure où il était apparu pour la première fois... dans le décret d'urgence nazi «pour la protection du peuple et de l'État» de février 1933⁸⁸!

Si les lignes de front apparaissent donc moins figées que sous Weimar et si l'on retrouve des préoccupations et des argumentations similaires dans tous les camps politiques, il ne faut toutefois pas pour autant négliger les dissensions qui se font jour entre le gouvernement

82 *Entwurf 1*, p. 8.

83 12 septembre 1950, respectivement p.3112 et 3117. Congrès des Juristes?

84 Cf. *Verhandlungen des Bundesrats*, 23 juin 1950, p. 430, ainsi que les propositions de modifications faites par le Bundesrat et incluses en annexe du projet présenté en première lecture (*Entwurf 1*, p.60 sq). Voir aussi les critiques formulées par les juristes lors de leur Congrès, *Der Schutz des Staates*, op. cit., p. 33, 43 sq., 58.

85 Voir la référence note 76.

86 Toujours dans le §88.

87 Cette liste a ensuite été reprise et ainsi entérinée par la Cour constitutionnelle fédérale dans son jugement sur l'interdiction du *Sozialistische Reichspartei* (SRP), un parti néonazi, en 1952.

88 Cf. *supra*. Ce décret devait permettre de riposter contre les «actes de violence communistes menaçant la sûreté de l'État» («*staatsgefährdend*»). Norbert Frei parle à ce sujet d'une «inconséquence terminologique». *Op. cit.*, p. 323.

et les sociaux-démocrates. Le SPD aurait ainsi souhaité conserver l'intitulé de son propre projet, «loi contre les ennemis de la *démocratie*», alors que le gouvernement voulait au départ que la loi s'appelle «loi pour la protection de l'État»⁸⁹. Ces questions de dénomination sont une fois encore révélatrices de divergences politiques et idéologiques. La lecture attentive du projet social-démocrate fait ainsi ressortir trois tendances spécifiques : premièrement, l'idée que les ennemis sont d'abord à droite⁹⁰ ; deuxièmement, celle que la menace peut venir de l'intérieur même des institutions : le §4 introduit ainsi le délit de «*Verfassungsbruch*» («atteinte à la constitution») dans le cadre du service public ; enfin, l'accent est clairement mis sur la protection de l'individu et de ses libertés : dans le §5 qui évoque la participation à une organisation ennemie de la démocratie, un des éléments constitutifs de l'infraction est l'atteinte à la liberté des citoyens dans la mesure où elle vise le droit de vote et les droits fondamentaux que sont l'égalité devant la loi, la liberté de conscience et la liberté d'expression ; de même, le §9 met l'accent sur la protection contre les atteintes à la dignité humaine et aux droits de l'homme. Lors de la première lecture, Arndt s'insurge contre l'affirmation de Dehler selon laquelle il «faut faire des sacrifices en matière de liberté pour conserver la liberté»⁹¹ : «Nous ne devons pas oublier», lui réplique le social-démocrate, «que nous voulons protéger la liberté et que nous n'avons pas le droit de tenter d'escamoter la liberté par des mesures pénales pour qu'à la fin il ne reste plus rien à protéger»⁹².

89 Cf. R. Schiffers, *op. cit.*, p. 217.

90 En lien étroit avec l'affaire Hedler, comme l'illustre le §10 qui voulait sanctionner ceux qui ne respectaient pas la mémoire des combattants de la résistance ou des victimes du nazisme, ou n'iaient le caractère condamnable du génocide ou de la persécution raciale.

91 «*Freiheitsoffer bringen, um die Freiheit zu bewahren*». 12 septembre 1950, p. 3105.

92 *Ibid.*, p. 3118.

Dans le discours et le projet du gouvernement, en revanche, l'objet de la protection semble être davantage l'État et ses institutions que la liberté individuelle⁹³. Arndt dénonce une tendance à une protection excessive de l'autorité (*Obrigkeitsschutz*) qui se manifeste par exemple dans le paragraphe très controversé sur la «perturbation de la justice» (*Störung der Rechtspflege*, §137 b). Celui-ci devait sanctionner les tentatives d'intimidation envers des membres d'un tribunal ou un témoin et les comptes rendus erronés des procès et visait à limiter la critique de la justice dans les médias tant qu'une procédure était en cours (donc y compris entre un premier jugement et le procès en appel). Si Arndt concevait qu'il pût y avoir parfois conflit entre l'indépendance de la justice et la liberté d'expression, il était cependant exclu pour lui de le résoudre par le droit pénal et «de bâillonner (*knebeln*) l'opinion publique de cette manière»⁹⁴. Là encore, la perspective historique est indispensable pour comprendre les débats : on a en effet affaire à un prolongement ou une réactivation de la controverse weimarienne autour de la critique de la justice. Dans les années 1920, les juristes et journalistes républicains défendaient la critique, considérée comme un élément inhérent à la démocratie et rendu d'autant plus nécessaire par la multiplication des jugements contestables dans les procès politiques. Mais la grande majorité de l'institution judiciaire, elle, voyait alors dans la critique de la justice une atteinte illégitime à son autorité et la véritable source de la crise

93 Voir aussi Dieter Gosewinkel, *Adolf Arndt. Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945-1961)*, Bonn, Verlag J. H. W. Dietz Nachf., 1991, p. 220. Quand on analyse en détail le lexique employé, on constate d'ailleurs qu'alors que les députés SPD parlent quasi exclusivement des «ennemis de la démocratie» et de «protection de la démocratie», le ministre Dehler ainsi que les députés des partis au gouvernement ont tendance à parler plus souvent de la protection de «l'État» ou de sa préservation («*Staatserhaltung*»), de même que des ennemis de l'État («*Staatsfeinde*» ou «*Feinde des Staats*»).

94 12 septembre 1950, p. 3119.

de la justice : la cause du problème n'était pas la justice, mais ceux qui la critiquaient de façon démesurée. Or, on voit bien ici que cette méfiance envers la critique de l'opinion publique d'un côté, envers la justice de l'autre, persiste encore largement en 1950. Cela n'avait rien de surprenant compte tenu de la très forte continuité au sein du personnel du ministère de la justice et au sein du corps judiciaire en général⁹⁵. Mais cela souligne aussi la persistance de divergences sur l'identité de l'ennemi et l'origine du danger ou de la menace. Comme Arndt le formula sur un ton polémique en critiquant les mesures selon lui trop généreuses de protection des organes de l'État prévues dans le projet, il fallait prendre garde à ce qu'une loi contre les ennemis de la démocratie ne se transformât pas en une « loi contre la démocratie »⁹⁶ – autrement dit, prendre garde à ne pas se tromper d'ennemi. On constate cependant que là encore, les lignes de front et les mentalités avaient évolué depuis Weimar, puisque le paragraphe 137b se heurta à une opposition massive au-delà du SPD, notamment au

95 Un exemple emblématique de cette continuité est le cas de Josef Schafheutle, un des principaux conseillers chargés de l'élaboration du projet de loi. Il avait participé à l'élaboration du code de procédure pénale sous le nazisme et rédigé un commentaire des réformes pénales de 1933. Son passé ne fut pas évoqué pendant les débats, ce qui dans le contexte de l'époque n'est pas surprenant : il était en effet loin d'être un cas unique. Le cas du ministre Dehler, ancien avocat, puis brièvement juge de 1947 à 1949, est très différent puisqu'il n'avait pas du tout été compromis sous le nazisme : néanmoins il avait été lui aussi formé sous l'Empire et sous Weimar et exprima à plusieurs occasions, comme dans le contexte de l'affaire Hedler évoquée plus haut, sa solidarité avec les juges allemands, et ce, y compris concernant leur attitude sous le nazisme.

96 9 juillet 1951, p. 6317. Dans l'exposé des motifs, le projet gouvernemental soulignait aussi (voir *Entwurf 1*, p. 28) que le danger pouvait venir de l'intérieur des partis démocratiques dans le cas où « les passions politiques » troublent la perception et mènent à l'intolérance. Une telle remarque témoigne de la persistance d'une méfiance générale envers les partis qui étaient un topos des critiques de la démocratie pluraliste sous Weimar.

Bundesrat et dans la presse⁹⁷, et fut même critiqué jusque dans les milieux judiciaires⁹⁸. Il fut d'ailleurs finalement supprimé par la commission des lois malgré l'opposition du ministre de la Justice.

Il faut avoir à l'esprit ces divergences quand on analyse certaines critiques formulées lors du débat sur le projet de loi SPD en mars 1950. Certes, il faut se garder de toute vision idéalisée de ce texte. Il était en effet loin d'éviter tous les écueils auxquels s'est heurté ensuite le projet gouvernemental. Ainsi, l'élément subjectif (l'intention) constitutif de l'infraction y est plusieurs fois défini comme le fait d'agir « par hostilité envers la démocratie » (« *aus Feindschaft gegen die Demokratie* »)⁹⁹. On peut légitimement demander si une telle norme, à l'image de celle de « *Verfassungsstörung* », aurait été vraiment compatible avec l'exigence de sécurité juridique et applicable pour les juges sans risque de dérive. Il serait donc quelque peu caricatural d'opposer d'un côté un projet SPD totalement conforme aux exigences de l'État de droit et de l'autre un projet gouvernemental en contradiction avec celles-ci¹⁰⁰. Les limites du texte ne suffisent pourtant pas à expliquer pourquoi ses détracteurs font preuve d'une telle virulence. Ainsi le député du *Deutsche Partei* von Merkatz dénonce-t-il le « noyau terroriste et caractéristique de l'État policier » (« *den terroristischen und polizeistaatlichen Kern* ») du texte, produit d'un « esprit jacobin » (en référence à la Terreur) et

97 Avec des arguments similaires à ceux avancés par Arndt. Cf. « In voller Revolution », *Der Spiegel*, 1^{er} juin 1950, p. 5-7 ; Müller et Beyerle au Bundesrat, 23 juin 1950, p. 430 et 432.

98 Certes, une des résolutions du Congrès des Juristes souligne la nécessité de renforcer « l'autorité de la justice » en interdisant d'anticiper dans la presse des décisions judiciaires (*Der Schutz des Staates*, *op. cit.* p. 97). Néanmoins, plusieurs participants comme le procureur général Bader rejettent le § 137b, ou tout au moins jugent que le projet de loi va trop loin (*ibid.*, p. 36-37, p. 45-46).

99 Cf. *Entwurf eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie*, § 5 et 6.

100 Cf. D. GOSEWINKEL, *op. cit.*, p. 214.

propre à faire rejaillir les spectres du passé¹⁰¹. Même le plus centriste Kiesinger (CDU) met ses collègues en garde en rappelant que sans le fondement du droit, la démocratie tombe dans la « barbarie »¹⁰². Ce discours n'est pas sans évoquer, à un degré certes moindre, le pathos et les accents dramatiques de celui des députés DNVP sous Weimar. Or, on cherche en vain des attaques aussi violentes de ces mêmes élus contre le projet de loi gouvernemental, qui posait pourtant le même type de problèmes. Par ailleurs, comment ne pas remarquer les contradictions dans le discours de Thomas Dehler lui-même, qui en mars 1950 se distancie clairement du projet de loi social-démocrate, appelant à ne pas « museler la démocratie » (« *der Demokratie den Maulkorb anzulegen* »), pour six mois plus tard affirmer que les « idées précieuses » de ce texte ont été largement reprises dans son projet de loi et qu'il faut être prêt à sacrifier la liberté pour la sauver ?¹⁰³ Ces inflexions ne peuvent s'expliquer que par des facteurs politiques et idéologiques : d'une part le déplacement d'accent vers l'adversaire communiste, d'autre part un texte gouvernemental où persiste sous les dehors de la nouveauté une conception conservatrice de la protection de l'autorité de l'État.

Il n'en reste pas moins que malgré toutes les critiques exprimées pendant les débats au *Bundestag*, les députés SPD votèrent finalement la loi alors que très peu de leurs requêtes avaient été satisfaites. L'adhésion à la *streitbare Demokratie* et la conviction profonde de la nécessité de mesures pénales pour défendre la RFA avaient clairement, à l'instar de ce qui s'était passé pour

Radbruch en 1922, triomphé de leurs réserves vis-à-vis de certaines mesures.

Conclusion

Nous concluons cette analyse par deux séries de remarques. La première porte sur la pertinence de la perspective comparative pour le cas allemand. Celle-ci souligne tout d'abord l'ancienneté et la récurrence de la problématique des mesures pénales contre « l'ennemi » dans l'histoire allemande et permet de mieux appréhender les évolutions dans la conception du droit pénal politique. Sans le détour par Weimar, on ne peut pas comprendre les débats de 1950/51 et la logique de la démocratie combative dans laquelle s'inscrit la Loi de modification du Code Pénal. L'analyse des discours montre en outre bien la complexité de débats où un même argument peut changer de fonction stratégique et politique suivant le contexte et la position de celui qui l'avance. Il est ainsi bien trop simplificateur et même impossible de réduire ces discussions à un affrontement entre défenseurs de l'État de droit et des libertés et ceux qui seraient prêts à les violer au nom de la raison d'État. Suivant les questions abordées (nécessité de mesures pénales, protection de la République ou de l'État sur Weimar, etc.), les débats sont traversés par des lignes de front qui ne sont pas toujours superposables.

La seconde série de remarques concerne les évolutions discursives constatées entre les deux périodes. Dans les deux cas, la légitimité du recours à des mesures pénales ne fut pas vraiment remise en question : pour les contemporains, il était clair que l'État avait le droit – et même le devoir – de se défendre, et la rhétorique de la lutte est justement un des points communs entre les deux périodes. La comparaison fait cependant apparaître un déplacement d'accent : sous Weimar, la large majorité avec laquelle la loi de 1922 fut adoptée dissimulait mal l'absence de consensus sur ce qu'il fallait protéger et

101 16 mars 1950, p. 1606. Von Merkatz établit une continuité avec la loi antisocialiste de 1878 et la loi de 1922.

102 *Ibid.*, p. 1600.

103 Respectivement 16 mars 1950, p. 1597 et 12 septembre 1950, p. 3105. Arndt rejette d'ailleurs toute « paternité » du SPD (*ibid.*, p. 3117). Ces contradictions sont aussi soulignées par N. FREI, *op. cit.*, p. 322 sq.

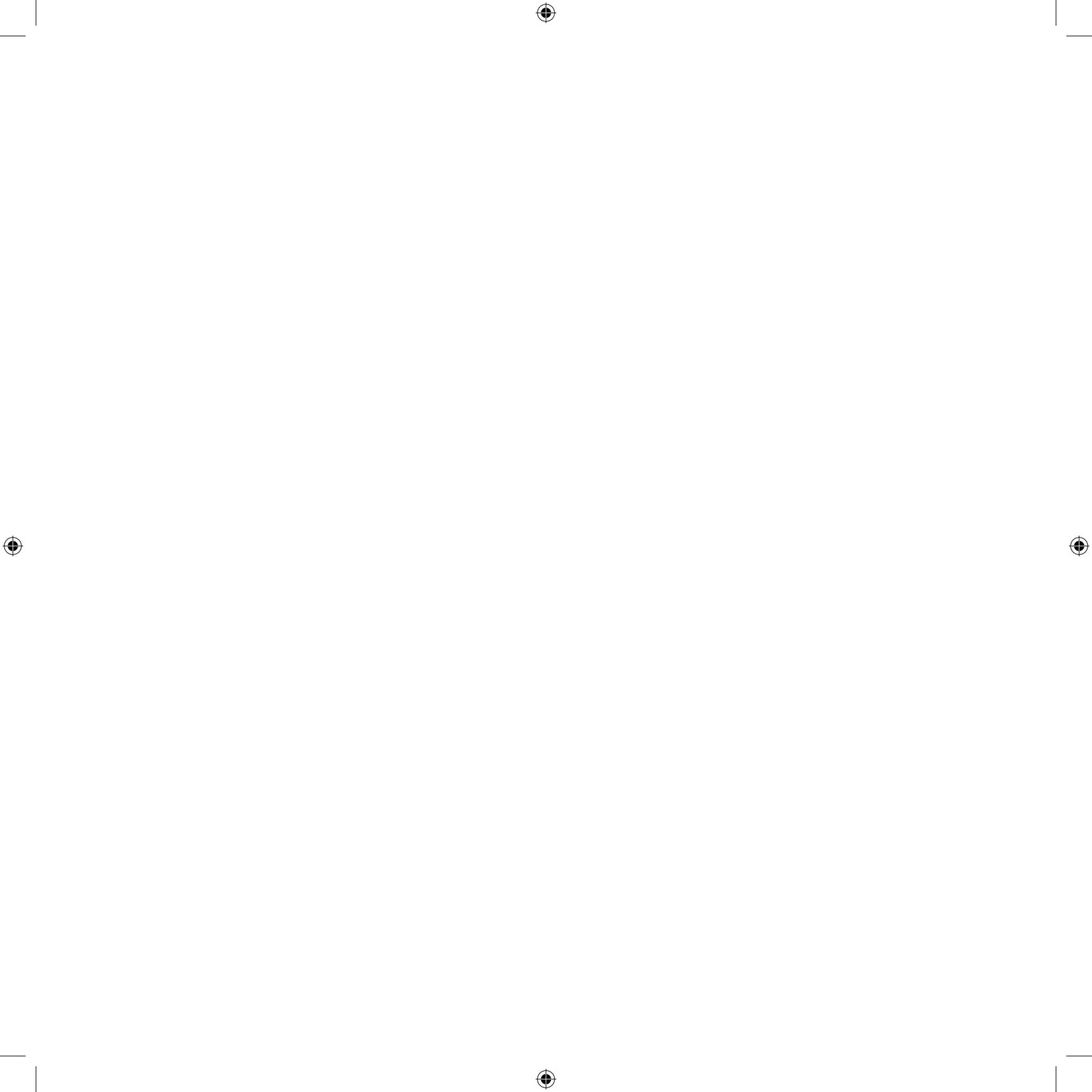
contre qui. Ce problème n'est certes pas entièrement résolu en 1950, comme le montrent les passes d'armes entre Dehler et Arndt, mais le curseur se déplace vers la question du comment : comment peut-on défendre au mieux la démocratie (que l'on veut défendre, cela ne fait aucun doute) sans pour autant menacer la liberté ? C'est ce dilemme, voire cette « antinomie insoluble »¹⁰⁴ qui explique le sentiment illustré par le titre d'un article du *Spiegel* citant le député Ewers à l'issue du vote de la loi : « Cela nous met mal à l'aise »¹⁰⁵. Rares sont cependant ceux qui, à l'instar du procureur général Richard Schmid, problématisent fondamentalement l'existence même d'un droit pénal politique en affirmant que l'objectif devrait être de retirer à la criminalité politique l'attribut même de politique afin qu'il n'y ait plus que des criminels tout court, et non une catégorie à part de criminels-ennemis politiques¹⁰⁶. Ce n'est que plus tard, alors que la démocratie ouest-allemande avait fait preuve d'une stabilité que n'avait jamais pu atteindre celle de Weimar et parallèlement à une libéralisation de la culture politique, que la contestation se fit bien plus radicale et massive. On le vit lorsque la question de la protection de l'État se retrouva de nouveau à l'ordre du jour, tout d'abord dans la seconde moitié des années 1960 avec le débat sur les lois d'urgence qui nourrit la contestation du mouvement étudiant, puis avec les mesures adoptées dans le contexte du terrorisme de la Fraction Armée Rouge dans les années 1970.

104 Le procureur BADER, in *Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 26.

105 « *Uns ist nicht wohl dabei* », *Der Spiegel*, 18 juillet 1951, p. 10-12.

Ewers n'est pas le seul cité : les propos d'Arndt ou encore Reismann vont dans le même sens.

106 R. SCHMID, *op. cit.*, p. 337. Dans le même sens K. Bader, in *Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 30.



L'ÉCRIVAIN DES LUMIÈRES COMME FIGURE DE L'ENNEMI DANS LA FRANCE DE VICHY

PASCALE PELLERIN*

Cette réflexion sur l'écrivain des Lumières comme figure de l'ennemi dans la France de Vichy s'inscrit dans une réflexion plus globale sur la réception des écrivains des Lumières durant la seconde guerre mondiale, une problématique sur laquelle peu de chercheurs se sont penchés. Pourtant un grand nombre d'essais ont paru durant cette période sur les écrivains des Lumières qui ont donné lieu à un grand nombre d'articles dans les journaux. Ce sont principalement les noms de Montesquieu, de Voltaire, de Rousseau et de Diderot que nous avons rencontrés dans les journaux et les essais de l'époque. Montesquieu n'offre guère de prise à la polémique contrairement à ses trois coreligionnaires en philosophie. Ce sont surtout Voltaire, Diderot mais plus encore Rousseau qui vont retenir notre attention dans cette étude. La difficulté et l'intérêt principal de la tâche tiennent à appréhender des images d'écrivains à l'intérieur d'une rupture historique profonde, chute de l'Ancien régime, occupation de la France, que certains comme Charles Maurras n'hésitent pas à rapprocher¹ de la chute de l'Ancien régime.

* CNRS - UMR LIRE - Université Grenoble Alpes.

1 Dans une tout autre optique beaucoup plus large, Enzo Traverso, dans son dernier ouvrage, *A feu et à sang*, considère les guerres entraînées dans le sillage de la Révolution française comme des antécédents « de la guerre civile européenne » qui a perduré de

La Révolution Nationale avec sa devise, Travail, Famille, Patrie défendue par Pétain, a pris comme cibles principales les idéaux de 1789, symbolisés par la République, qui ont permis l'émancipation sociale et politique des juifs. Cette République aurait ouvert la voie à la puissance des francs-maçons et des communistes. Pour les vichystes, ces trois ennemis de la patrie ont ruiné la France et l'ont conduite vers la guerre et la catastrophe de 1940. Pétain et ses acolytes rejettent donc l'héritage des Lumières et de la Révolution française dont ils veulent remettre en cause les acquis.

L'invasion des armées nazies sur le territoire français début mai 1940 puis l'occupation de la capitale un mois plus tard, le 14 juin, plongent le pays dans le chaos et bouleversent de fond en comble les repères de la société française. L'hécatombe de la Première Guerre mondiale pèse encore lourdement sur les esprits qui réalisent difficilement la réalité d'une nouvelle guerre vingt ans après suivie d'une défaite considérée comme inéluctable. La Troisième République expire dans la nuit du 16 au 17 juin. Le 17 juin, le nouveau gouvernement formé par Pétain demande l'armistice qui rentre en vigueur le 25 juin. Faute de pouvoir analyser ses propres faillites et lâchetés, les dirigeants de Vichy cherchent des

1914 à 1945. *À feu et à sang, De la guerre civile européenne*, Stock, 2007.

coupables. Le nouveau chef de l'État français entreprend de rassurer l'ensemble de la population en lui offrant des boucs émissaires. C'est le système démocratique qui porte la lourde responsabilité de la défaite. C'est le gouvernement du Front populaire dirigé par un Juif, agent du bolchevisme, de l'étranger, qui a conduit inévitablement à la débâcle : « Les Vichyssois ont accusé le Front populaire, « monstrueuse alliance du communisme moscoutaire, du radicalisme maçonnique et de la finance juive », d'avoir précipité la France dans une guerre idéologique »². Ce sont les écrivains des Lumières, en tout premier lieu Rousseau qui vont être désignés comme les responsables de la catastrophe de 1940.

La vie intellectuelle française entre 1940 et 1944 s'adapte assez vite à la nouvelle situation qui lui est imposée mais au prix de compromissions très lourdes. La presse est très vite muselée de même que l'édition. Le monde intellectuel sous l'Occupation est profondément bouleversé, y compris dans ses instances les plus officielles, par la nouvelle situation politique qui transforme considérablement ses modes de fonctionnement. Otto Abetz, fort intelligent, qui a compris la forte puissance symbolique attachée à la figure de l'écrivain en France, met tout en œuvre pour susciter un sentiment de continuité entre l'avant défaite et la nouvelle conjoncture. Les efforts accomplis cachent pourtant mal la réalité sur le terrain. Outre la proscription des écrivains juifs, la censure rend difficile l'illusion d'une vie littéraire libre et indépendante. Plusieurs essais paraissent durant la guerre sur les écrivains des Lumières dont certains n'hésitent pas à dresser leur procès. Les auteurs du XVIII^e siècle sont accusés d'avoir œuvré à la chute de la monarchie et à l'émancipation des juifs. Robert Denoël, dont la maison a été placée sous scellés dès l'été 1940, reprend rapidement ses activités éditoriales le 15 octobre. Il vend une partie de ses parts aux autorités allemandes, ce qui lui permet

d'augmenter considérablement son capital. Totalement soumis aux exigences de l'Occupant, il décide de publier une collection sur les juifs et entretient par ailleurs des relations privilégiées avec l'équipe journalistique de *Je suis partout*. Il publie en 1943 un ouvrage d'un certain Marc Duconseil à la gloire de Mussolini intitulé *Machiavel et Montesquieu, Recherche sur un principe d'autorité*. Les éditions de France qui lancent en 1928 l'hebdomadaire *Gringoire* font paraître en 1944 un essai sur Diderot du baron Ernest Seillière, membre de l'Institut, très hostile au directeur de l'*Encyclopédie*. Le débat sur les écrivains des Lumières reste pour l'essentiel franco-français bien que la propagande nazie puisse çà et là ouvrir la voie à l'attaque en règle contre les idéaux de 1789 à laquelle se livre Alfred Rosenberg dans son discours du 28 novembre 1940 à la Chambre des députés paru sous le titre *Sang et Or, Règlement de compte avec les idéaux de 1789*. Mais aucun ouvrage des grands philosophes des Lumières ne semble figurer sur les listes Otto, à la différence des auteurs juifs, francs-maçons ou antifascistes. Bien entendu, les accusations portées contre les écrivains des Lumières n'ont pas disparu. Elles prennent même une nouvelle ampleur. La folie et la malfaisance de Rousseau, surtout chez les maurrassiens, sont plus que jamais à l'ordre du jour, l'ambition de Voltaire et sa légèreté sont brocardées dans plusieurs journaux mais la situation politique donne à ces images un nouvel éclairage. Si on continue à attaquer l'œuvre à travers la vie et vice-versa, on ne peut oublier l'arrière-plan tragique de la France de l'Occupation. Les enjeux ne sont pas minimes : c'est la Troisième République que les maurrassiens attaquent à travers Rousseau et Voltaire rendus responsables de la défaite des armées françaises. La littérature du XVIII^e siècle a conduit tout droit au romantisme et à la dissolution des valeurs classiques du Grand siècle.

La publication de plusieurs essais sur Voltaire dont un ouvrage d'André Maurel en 1943 dans une maison

² Robert PAXTON, *La France de Vichy*, Paris, Seuil, 1972, p. 44.

d'édition collaborationniste et un pamphlet antisémite d'un certain Henri Labroue, provoquent les sarcasmes des suppôts de l'Allemagne nazie et de Vichy. L'*Action française* s'en prend au patriarche de Ferney le 4 juin 1942 comme à celui qui a attaqué si injustement la période du Moyen Âge et rappelle que le «hideux sourire de Voltaire plane sur tous les désastres dont nous sommes les témoins épouvantés». La publication d'un *Voltaire antijuif* d'Henri Labroue qui tend à démontrer l'antisémitisme virulent de Voltaire suscite par ailleurs quelques commentaires désobligeants à l'égard du patriarche. Dans un numéro de *Je suis partout* du 10 juillet 1942, José Lupin alias Jean Servièrre, qui éditera des textes de Voltaire dans les années soixante et qui avait suivi Brasillach lors de sa rupture avec l'*Action française*, s'étonne du choix de Labroue pour cautionner la politique antisémite car «s'il est dans les lettres françaises un esprit dépourvu de sérieux, de réflexion et, en un mot, d'autorité, c'est bien celui de Voltaire». Il réduit sa philosophie aux *Lettres philosophiques* qui auraient disparu du paysage intellectuel si l'on n'en imposait pas la lecture à de «malheureux étudiants à qui de sadiques programmes d'examens imposent l'étude de ces fameuses *Lettres*, aux théories plus poussiéreuses que les rêveries du *Télémaque*». Il éreinte au passage l'anglomanie de Voltaire et «ses plaidoyers plus ou moins imprudents pour les victimes des erreurs judiciaires de l'époque». Ce reproche à l'égard de Voltaire revient fréquemment dans les journaux collaborationnistes. L'hebdomadaire *Révolution nationale*, organe du Mouvement social révolutionnaire de Deloncle, consacre un long article à l'ouvrage d'André Maurel dans son numéro du 19 juin 1943. Son auteur, Marius Richard, ne témoigne pas d'une grande sympathie à l'égard du patriarche, personnage selon lui calculateur, ambitieux, un brin mégalomane. Et Marius Richard de rapprocher Voltaire de Rousseau :

«Ils ont des traits communs, ne serait-ce que la mégalomanie. Ils inspirent le même genre de méfiance et d'agacement. [...] Certaines des réactions de Voltaire, certains de ses comportements – cette manie de publier sous d'autres noms, de désavouer, de critiquer ses propres écrits – ne me paraissent pas moins pathologiques que telles réactions et comportements de Rousseau».

Cette proximité posthume entre les deux adversaires irréductibles porte une accusation sérieuse contre le patriarche, figure traditionnellement inversée d'un Rousseau névrosé, en proie au délire paranoïaque. La posture d'un Voltaire à l'esprit sain guidé par la raison s'écroule sous les accusations de Marius Richard qui accumule les griefs contre le philosophe, taxé en outre de cynisme. Devant la tentative de réhabilitation opérée par André Maurel qui dresse le portrait d'un Voltaire justicier, Marius Richard attend celui qui demain, reprendra la thèse contraire, celle d'Arouet et son «hideux sourire». Il reproche à Voltaire de s'être mêlé de ce qui ne le regardait pas, d'avoir introduit le «virus politique dans la littérature». Le patriarche a défendu les victimes de l'injustice parce qu'il a raté une carrière diplomatique : «N'ayant pu être ambassadeur de France à la cour de Frédéric ou à celle de Russie, le prodigieux compère se fait ambassadeur du droit et de la justice».

Voltaire est coupable d'avoir outrepassé son statut d'écrivain en ayant revêtu la robe d'avocat pour réhabiliter la mémoire de Calas ou du chevalier de La Barre. Marc-Antoine Calas retrouvé pendu dans sa maison, au domicile de ses parents de confession protestante, on accuse son père Jean Calas de l'avoir assassiné pour empêcher son fils de se convertir au catholicisme. Sans la moindre preuve, Calas est condamné au supplice de la roue puis étranglé et brûlé. Convaincu de l'innocence de Jean Calas, Voltaire publie en 1763 son *Traité sur la tolérance*. Deux ans plus tard,

Calas est reconnu innocent. Le chevalier François-Jean de la Barre fut accusé en 1765 d'être passé près d'une procession à Abbeville sans avoir ôté son chapeau et sans s'être agenouillé. Suite à une perquisition menée à son domicile, on découvre un exemplaire du *Dictionnaire philosophique* de Voltaire. Condamné au bûcher, le chevalier de la Barre a la langue et la main coupées. Mis en cause dans cette affaire, Voltaire prend la défense du chevalier et attaque l'arbitraire du système judiciaire et le rôle de l'Église catholique. Si certains journaux collaborationnistes s'en prennent à Voltaire, c'est que ce dernier tente de pallier les manquements de la justice et de réparer les abus de la procédure dans l'administration de la preuve. Mais ce n'est pas comme juriste mais comme philosophe indigné par l'incurie et la barbarie du système judiciaire que Voltaire intervient dans les affaires juridiques de son époque. Soumis à l'autorité de l'occupant nazi, les journaux collaborationnistes, dans l'ensemble, considèrent cet engagement du philosophe comme contraire à la déontologie d'un écrivain. La position des suppôts du régime nazi s'explique fort bien. Toute dissidence à l'égard du pouvoir politique, toute remise en cause du système judiciaire constitue pour eux une condamnation du régime nazi et de ceux qui le soutiennent. Voltaire est à leurs yeux un fauteur de trouble. D'autant plus que le système nazi s'est construit en dehors de toute notion de droit digne de ce nom et que la loi n'a été que l'expression de la déréliction raciste de ses dirigeants.

Autre figure honnie par un grand nombre de collaborateurs, Jean-Jacques Rousseau. Rousseau tient une place très importante dans la France de l'Occupation. Celui que Voltaire qualifiait de « faux frère », de « Judas de la confrérie » lui vole la mise. Jean-Jacques, comme à l'accoutumée, déchaîne les passions et provoque la colère des uns et des autres. *L'Action française* et une grande partie des collaborateurs souhaitent en finir avec ce névrosé mégalomane et paranoïaque, philosophe de

la nature, inventeur de la démocratie, du totalitarisme et précurseur du romantisme. Ils voient en lui l'image du juif et du révolutionnaire, statut qu'il partage avec Diderot.

Les textes de Rousseau, hormis *Du Contrat social*, ne sont pas republiés. Cependant, deux ouvrages critiques, la thèse d'André Ravier sur *l'Émile* et l'essai d'Henri Guillemin sur la rupture entre le Genevois et l'anglais Hume, *Cette affaire infernale*, publiée en 1942, font couler beaucoup d'encre dans la presse de l'époque et relancent le débat sur Jean-Jacques alors que la droite nationaliste espérait en finir avec cette figure diabolique. Les feuilles pétainistes, en premier lieu, *l'Action française*, enragent de voir celui qu'elle déteste, ce maudit Rousseau avec lequel elles pensaient en avoir enfin fini, réhabilité par des chrétiens aussi respectables que le Père Ravier ou le Père Daniélou³. Tout est mis en œuvre dans *l'Action française* pour contrer l'offensive des rousseauistes. Au moment de la publication de l'étude de Ravier, Noël Boyer, dans un article des 6-7 avril 1941, à partir d'une anecdote sur la découverte par un missionnaire de deux fillettes nourries en Inde par une louve, s'insurge contre les principes éducatifs de *l'Émile*. Ces deux fillettes, de trois et de huit ans, élevées hors de la société, selon les recommandations de Jean-Jacques puis ramenées à la civilisation par ce même missionnaire, ne peuvent survivre. Le journaliste s'empare de cette anecdote pour s'en prendre à *l'Émile* de Rousseau et à ses « mensonges qui nous ont fait tant de mal ». Le procès n'est pas nouveau mais est réactivé contre ceux qui se font les défenseurs de Jean-Jacques. Noël Boyer mène campagne contre la réhabilitation du philosophe de Genève engagée et soutenue par certains jésuites. L'effondrement de « la gueuse » aurait dû enterrer définitivement l'œuvre de Rousseau. Noël Boyer poursuit la polémique le 31 août en s'en prenant directement aux chrétiens en rupture

3 Voir à ce sujet Tanguy L'AMINOT, « J.-J. Rousseau face à la droite française, 1940-1944 », *SVEC*, Oxford, 1986, p. 482.

avec Vichy. Il s'insurge contre ce « si rapide retour offensif de Rousseau, ses sophismes, sa personne et son œuvre. [...] Voilà que l'on ressuscite l'œuvre malsaine du plus malade des individualistes ». C'est la notion de nature qui est attaquée par les maurrassiens. Le concept de nature constitue dans le *Discours sur l'inégalité* et le *Contrat social* un postulat philosophique, un outil intellectuel indispensable qui permet à Rousseau d'avancer des hypothèses sur la formation de la société. Les hommes, à l'état naturel, vivaient libres et égaux. Mais le regroupement social les oblige à abandonner les principales jouissances de l'état naturel, la liberté et l'égalité. Rousseau dément, à partir d'une fiction politique, l'idée chère aux absolutistes et à Maurras d'une inégalité pré-sociale. Sous couvert de railler Rousseau et son sempiternel retour à la vie champêtre, *L'Action française* dénigre le pourfendeur de l'inégalité. Le 3 mai 1943, un article de Thierry Maulnier met en garde contre les dérives auxquelles peut conduire la critique de la civilisation et du progrès : « l'utilité de faire respirer à la jeunesse un air pur, et de lui rendre le sens des beautés et des lois naturelles, a fait naître dans d'autres cervelles folles [...] un naturalisme, un « primitivisme » qui ne sont que les nouveaux visages du rousseauisme traditionnel. [...] Or, il n'y a pas d'inconvénients à ce que les enfants jouent aux sauvages : mais il y en a à leur inculquer le mépris de la civilisation, honneur de l'homme et force de la France. [...] Qu'on prenne donc garde aux excès possibles d'un nouveau rousseauisme. Ce n'est pas dans une niaise adoration de la nature que la jeunesse française apprendra à surmonter les problèmes de la civilisation ». L'ennemi est clairement identifié. Le primitivisme rousseauiste s'accordait mal aux valeurs d'ordre et de hiérarchie défendues par les maurrassiens. Les idées pédagogiques de Rousseau seront combattues par les tenants de la révolution conservatrice de Vichy.

L'Action française ne décolère pas. Elle reçoit le soutien de revues proches de Vichy, la *Revue des deux*

mondes et la *Revue universelle*. La première publie, le 15 février 1942, un article de René Gillouin, « La démocratie contre l'État ». Il accuse Rousseau d'être à l'origine d'une « religion nouvelle » qui a perverti le dogme chrétien traditionnel. Victor-Henry Debidour répond aux amis de Rousseau dans la *Revue universelle* du 25 avril 1942. Le titre de son article est à lui seul tout un programme, « Légitime défense : Jean-Jacques et nous ». Son propos fait écho aux analyses développées par l'introducteur de la psychanalyse en France, René Laforgue, sur la névrose de Jean-Jacques et son besoin d'humiliation. Debidour fustige l'angoisse romantique de l'écrivain qui s'est donné « une vie qu'il n'a pas eue. » Mais là où Jean-Jacques est impardonnable, c'est lorsqu'il se rend irresponsable de ses actes et qu'il « s'innocente de sa vie sur ses œuvres ». Rousseau est doublement coupable, « du crime vertueux depuis l'abandon de famille jusqu'au massacre d'État ». Car le contrat social exposé par le philosophe constitue « l'arme la plus terrible pour l'oppression des personnes ».

La publication de l'essai de Guillemin, en avril 1942, ne calme pas les esprits, tant s'en faut. Le 16 avril, dans *L'Action française*, Maurras répond à la « violente offensive en faveur de Rousseau » menée par Henri Guillemin dans la *Gazette de Lausanne* du 12 avril. Le vieil homme s'en prend au *Contrat social*, au *Discours sur l'inégalité*, compare le philosophe genevois aux « faux prophètes juifs », ne lui pardonne pas son influence sur la Révolution française ni le dégoût que lui inspire la lecture des *Confessions*. Eugen Weber nous rappelle que Maurras « était venu à la politique par l'esthétique, et que sa théorie de la société et de la politique était née de sa critique littéraire »⁴. Maurras pourfend l'idéalisme romantique et celui qu'il considère comme son chef de file, Rousseau. Ce dernier est tout d'abord coupable parce qu'il a corrompu le goût classique et introduit

4 Eugen WEBER, *L'Action française*, col Pluriel, 1985, p. 97.

des germes d'anarchie et de barbarie à l'intérieur de la littérature française. Les positions de Maurras sur l'art et la littérature s'appuient sur l'ordre et la tradition issus du monde gréco-latin et rejettent toute influence germanique. L'ancrage germanophobe de l'*Action française* et sa fidélité à l'héritage latin incarné par le classicisme du Grand siècle français logent à la même enseigne romantisme, idéalisme kantien, totalitarisme et exaltation mystique du Moi.

Après la guerre, dans une réponse à André Gide qui revenait sur l'Affaire Dreyfus, Maurras, vaincu par l'Histoire, fustige «l'idéalisme transcendantal allemand» au centre duquel il place Kant et Fichte qu'il considère comme les premiers précurseurs du nazisme. Pour Maurras, Rousseau symbolise les trois R, Réforme, Révolution, Romantisme. Il a introduit les germes du protestantisme germanique qui ont conduit au libre examen individualiste, à cette conscience critique qui a produit 1789 et le romantisme: «[Rousseau] était bien plus qu'un Suisse, c'était la Suisse, ou pour mieux dire, c'était toute la Germanie, toute l'Europe anglo-saxonne, [...] c'était la Nouvelle Judée instituée par Luther et Calvin, que répétait la prédication de Rousseau»⁵. D'où le rapprochement étrange opéré par l'*Action française* entre le philosophe genevois et le nazisme⁶. Le romantisme, facteur de désordre et d'anarchie, est extérieur à la

tradition française. Les témoignages de sympathie, même minimes envers Jean-Jacques, irritent profondément le journal maurrassien. Un article de Jacques de Lacretelle paru dans le *Petit Journal* du 8 avril 1943 et un autre d'Edmond Delucinge publié dans Le *Petit Dauphiné* du 19 provoquent une réponse de René Brécy le 29 avril dans l'*Action française*. Ce dernier, scandalisé par les relations de Rousseau et de M^{me} de Warens «dont la simple lecture met la rougeur au front de quiconque n'a point perdu toute pudeur humaine» rappelle, non sans ironie mordante «que la République de 1905 a fait du lieu principal de pareilles amours, la villa des Charmettes, un sanctuaire national». Les commentaires sur la vie sentimentale de Rousseau permettent, au passage, de vilipender le régime honni quand ce n'est pas l'esprit communiste du philosophe dévoilé par le trio amoureux que forment Jean-Jacques, l'intendant Claude Anet et M^{me} de Warens. Le 29 juin 1943, c'est François Regel qui accuse Rousseau d'être le précurseur du nazisme et du jacobinisme le plus violent. L'*Action française* republie également en août et novembre 1943 deux textes extraits du Jean-Jacques Rousseau de Jules Lemaître sur le second Discours et sur la folie du philosophe, qui constitue l'un des principaux chevaux de bataille des ennemis du philosophe⁷. Et ce n'est certes pas un hasard qui voit la réédition en 1941 d'un recueil d'articles de René Laforgue, *Psychopathologie de l'échec*, publié pour la première fois en 1939, où figure une étude sur Rousseau, datant de 1929, qui s'attache au dérèglement de sa vie sexuelle. René Laforgue affirme, par une démonstration parfois délirante et frénétique, l'homosexualité de Rousseau qu'il rattache à la pratique de la lecture dont son père lui a donné le goût dès son plus jeune âge. Les caresses prodiguées par le père, qui pleure la mort de son

5 *Action française* du 13 juin 1912 citée par Raymond Trousson, *Défenseurs et adversaires de J.-J. Rousseau*, Paris, Champion, 1995, p. 315.

6 Voir sur cette question les analyses de Tanguy L'Aminot dans *Images de Rousseau de 1912 à 1978*, the Voltaire foundation, Oxford, 1992 pp.14-15. Il fait remonter les attaques violentes contre Rousseau dès les premières années de l'*Action française* mais remarque que «depuis 1878 s'est réalisée peu à peu la fusion de deux images jusqu'alors séparées: le Rousseau romantique et le Rousseau politique. Cette rencontre permet d'affirmer que l'individualisme rousseauiste aboutit au relâchement de toute discipline morale et à l'anarchie, en même temps que l'aboutissement de la «doctrine» du *Contrat social* est l'étatisme le plus absolu.».

7 Sur la folie de Rousseau, voir les études de Claude WACJMAN, *Les jugements de la critique sur la «folie» de J.-J. Rousseau, représentations et interprétations, 1760-1990*, Oxford, Voltaire foundation, 1996.

épouse, à son fils, demandent implicitement à ce dernier d'abandonner sa virilité en remplaçant sa propre mère. Ce qui explique pourquoi le jeune Jean-Jacques exhibe non « l'objet obscène » mais « l'objet ridicule ». Et ce « sot plaisir », c'est celui que Jean-Jacques éprouvera bien plus tard en se travestissant en Arménien. Rousseau est impuissant parce qu'il se sent coupable de la mort de sa mère. Et « n'est-ce pas par le sentiment de culpabilité, provoqué par ses idées dans la noblesse, qu'il préparait celle-ci à la grande Rédemption, à la Révolution dont elle allait être la principale victime⁸ ? » Cette étude sur Rousseau constitue un fourre-tout assez indigeste, au demeurant mélange d'analyses sérieuses – René Laforgue fut le véritable fondateur de la psychanalyse en France, dépossédé de sa position par Marie Bonaparte, la préférée de Freud – et d'inepties inqualifiables qui s'expliquent par ses positions antisémites et ses sympathies pro nazies. Laforgue adhère aux idées de Doriot et à son parti, le PPF, Parti populaire français⁹. Laforgue a, semble-t-il, participé à l'Institut psychanalytique nazi dont les psychothérapies brèves avaient pour but de soigner les délinquants et les homosexuels. Nul doute que pour lui, l'homosexualité latente de Rousseau ne soit une maladie. Certaines allusions de son texte sont reprises dans les textes collaborationnistes : névrose et sentiments révolutionnaires, lien entre la folie et les lectures précoces, entre l'exhibitionnisme et le travestissement en habit

d'Arménien, figure proche du juif pour les fondateurs d'une prétendue science raciale¹⁰.

L'Action française, qui se réjouit de la chute de la République et soutient la Révolution Nationale, rend Rousseau et sa descendance intellectuelle responsables de la défaite et de l'occupation allemande¹¹. D'autant plus que fidèle à sa germanophobie, le journal de Maurras accuse le philosophe genevois d'être, par ses origines et son influence sur la philosophie allemande, l'inspirateur du totalitarisme nazi. Il est donc doublement coupable de la situation politique de la France de 1940. Le principal grief retenu à son encontre, c'est l'invention de la démocratie moderne : « l'idéologie démocratique importée chez nous par le Genevois Rousseau, n'est qu'une déformation, une maladie de la pensée française »¹². Le 16 avril 1942, dans une réponse à un article d'Henri Guillemin paru dans *la Gazette* de Lausanne, Maurras rappelait le contenu pernicieux du *Contrat social* et du *Discours sur l'inégalité*, « toute la partie de son œuvre où l'absurdité la plus dangereuse est codifiée »¹³. Le 28 janvier 1942, le journal propose « d'élever un bûcher pour y brûler les déclarations des droits de l'homme et les œuvres de Rousseau, Kant et Blum »¹⁴. Pour *l'Action française*, l'épidémie démocratique s'est répandue dans la deuxième moitié du dix-huitième siècle jusqu'au désastre de 1789 qui a rongé les rouages hiérarchiques de l'ordre

8 René LAFORGUE, *Psychopathologie de l'échec*, Payot, 1950, p. 120.

9 Nous ne pouvons nous empêcher d'établir une similitude de parcours entre Jacques Doriot et René Laforgue. Le premier espérait se voir confier par Staline la direction du parti communiste alors que ce dernier choisit Maurice Thorez. René Laforgue fut l'un des fondateurs de la psychanalyse en France et crée les premiers cercles freudiens en France qui aboutiront à la création, en 1926 de la Société psychanalytique de Paris. Il se verra dépossédé de sa position de chef de file de la psychanalyse en France par Marie Bonaparte, la préférée de Freud.

10 Voir Gérard NOIRIEL, *Les origines républicaines de Vichy*, Hachette Littératures, 1999, pp. 215-216.

11 Ces attaques reprennent en grande partie les accusations portées par Renan après la défaite de 1870 dont il rend responsables Rousseau, les Lumières et la démocratie. Voir Zeev STERNHELL, *Les anti-Lumières, Du XVIII^e siècle à la guerre froide*, Paris, Fayard, p. 331.

12 *Action française*, 5 septembre 1940.

13 Article publié la première fois dans *l'Action française* le 16 avril 1942 repris dans *Poésie et vérité*, Landanet, 1944.

14 Michel WINOCK, *Nationalisme, antisémitisme et fascisme en France*, Seuil, coll Points Histoire, 1990, p. 173.

ancien. Les maurrassiens tentent de réduire à néant les arguments des défenseurs du philosophe.

Autre pièce produite au procès contre le Genevois, *Du Contrat social* et le chapitre consacré au législateur qui, pour l'*Action française*, « ne paraît pas écarter l'idée d'une dictature personnelle et que Robespierre ici encore ne fera qu'appliquer et introduire dans la pratique les idées de son maître ». La figure du législateur chère à Rousseau a fortement imprégné l'Incorruptible mais Rousseau ne donne aucun pouvoir législatif au législateur qui rédige les lois mais ne peut les voter : « celui qui rédige les lois n'a donc ou ne doit avoir aucun droit législatif, et le peuple même ne peut, quand il le voudrait, se dépouiller de ce droit incommunicable »¹⁵. La dictature robespierriste est donc en contradiction totale avec les principes énoncés par Rousseau dans *Du Contrat social*. Mais la haine profonde de l'*Action Française* pour le philosophe de Genève se nourrit de tous les lieux communs chers aux ennemis de Rousseau, étatisme, nationalisme, etc., et ne s'attarde pas à une relecture précise de ses textes qui affaiblirait de surcroît le caractère polémique des attaques. En 1943 paraît chez Hachette un manuel scolaire destiné aux lycéens, *L'œuvre de J.-J. Rousseau*, qui déplore, lui aussi, les idées politiques de Rousseau. Le chapitre 35 porte comme titre, Difficultés du gouvernement démocratique et reproduit le chapitre IV du livre III du *Contrat social* intitulé De la démocratie, qui émet des doutes sur la réalisation d'un tel régime politique : « À prendre le terme dans la rigueur de l'acception, il n'a jamais existé de véritable démocratie, et il n'en existera jamais. [...] S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes ».

On peut certes considérer que les efforts théoriques de Rousseau pour penser un véritable état démocratique débouchent sur une impasse. Mais ce cul-de-sac ouvrant

grand les portes de la réflexion philosophique, exige, bien au contraire, un absolu démocratique. Et Rousseau, au nom de cet absolu démocratique, nous met en garde contre les dérives auquel il peut conduire et fait appel à notre vigilance. L'aporie constitue ici un formidable tremplin d'où l'on entrevoit la figure d'un nouveau citoyen qui, s'il n'est pas apte à construire une société juste, sait discerner celles qui ne le sont pas. Rousseau est l'un des premiers philosophes à avoir perçu l'aliénation engendrée par les sociétés modernes en établissant une relation de cause à effet entre asservissement économique et asservissement politique. La sélection opérée dans cet ouvrage aux relents pétainistes relève d'une tout autre logique. Il était de bon ton, en 1943, de montrer l'impossibilité d'un état démocratique, partant, de mettre en évidence les contradictions de Rousseau. Car le manuel ne constitue pas, loin s'en faut, un plaidoyer en faveur du philosophe malmené dans l'entourage de Pétain. Le chapitre 20, La Propriété source de l'inégalité reproduit la phrase célèbre du *Discours sur l'origine de l'inégalité* située au début de la seconde partie :

« Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisait de dire Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : « Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne » ! »

Les commentaires de Voltaire et de Turgot habilement accolés au texte de Rousseau contredisent le philosophe et justifient pleinement l'inégalité. Car, pour l'économiste, « l'inégalité [...] n'est point un mal ; elle est un bonheur pour les hommes, un bienfait de celui qui a pesé avec autant de bonté que de sagesse tous les éléments qui

15 ROUSSEAU, *O. C.* ; III, p. 383.

entrent dans la composition du cœur humain...» La croisade pétainiste se devait d'être efficace et persuasive. Attaquer Rousseau à l'aide d'ingrédients puisés dans l'arsenal idéologique de Vichy eût senti trop son cuisinier. Il était beaucoup plus astucieux de confronter Rousseau aux autres philosophes du dix-huitième siècle et de donner la prérogative aux débats internes des Lumières.

En zone occupée, les idées politiques de Rousseau provoquent une violente colère chez une partie des collaborateurs, venus de la droite nationaliste et antisémite qui vitupèrent, comme les maurrassiens, contre le précurseur de la Révolution française et le pourfendeur de l'inégalité. Néanmoins, la Collaboration n'a produit aucune édition ni aucun essai majeur sur le philosophe de Genève. Elle ne s'y intéresse d'ailleurs qu'occasionnellement. Mais certains journaux ne perdent pas une occasion pour dénigrer le philosophe. Un article de l'hebdomadaire *Révolution nationale* du 21 août 1943 signé Christian Michelfelder prend violemment à partie le philosophe de Genève, ce «sinistre guignol!» : «Rousseau est le père d'une littérature ignoble: la littérature de l'aveu, où la sincérité justifie toutes les fautes [...] Qu'y a-t-il de positif dans l'œuvre de Rousseau? Rien [...] Les *Confessions* sont un livre de lâcheté. [...] La perversité de Rousseau s'y exerce contre tout ce qui, «étant quelque chose, nous empêche d'être tout». On saisit là l'une des maladies du démocrate: l'inaction par peur de l'échec et par impuissance à s'attacher à une œuvre précise et particulière, le goût du tout ou rien qui mène à l'anarchisme». Et l'auteur de conclure: «Qu'on cesse donc un bon coup d'encenser, dans les manuels de littérature, le précurseur, l'annonciateur de la mauvaise nouvelle: c'est Jean-Jacques Rousseau!» L'article affirme l'homogénéité de l'œuvre de Rousseau. L'auteur des *Confessions* souffre d'une névrose de l'inaction qui conduit au désordre, à l'anarchisme et à la tuerie organisée par ses «protecteurs prêts pour la guillotine». Cet aveu d'impuissance à transformer le monde, cette

conscience du mal-être porte paradoxalement en elle le besoin de renverser radicalement l'ordre établi. Rousseau, «ce masochiste du martyr social», confond «sa révolte sentimentale avec le profond esprit critique dont il est incapable.» L'hebdomadaire *Au Pilon*, qui se désigne lui-même comme un organe de combat contre la judéo-maçonnerie, s'attaque violemment dans son numéro du 21 février 1941 à l'écrivain, à la philosophie des Lumières et à ses venimeux propagateurs, les instituteurs: «Avec eux, il fallait descendre du singe, saluer Darwin, lécher la bave de Rousseau, se frotter à l'ail de Voltaire». Un mois plus tard, ce sont toujours les enseignants qui sont placés au banc des accusés, ces «esprits médiocres, contaminés par le virus laïque, empêtrés dans les dogmes de Rousseau». Au mois de juin, Rousseau est désigné comme le principal responsable de l'effondrement de l'Ancien Régime. L'«hystérie délatrice»¹⁶ de l'hebdomadaire ne s'intéresse pas au contenu des textes eux-mêmes. Il détruit le statut de l'écrivain ravalé au rang d'animal sauvage, un écrivain qui n'écrit pas mais qui bave. Dans *La Gerbe*, créée à l'initiative de l'ambassade allemande, c'est son directeur Alphonse de Châteaubriant qui, le 5 septembre 1940, fait le procès du *Contrat social* en rêvant, lui aussi, d'un homme nouveau: ««cet Homme nouveau» [...] est un être qui vient en rupture totale, absolue, fondamentale, avec l'homme du *Contrat social*. L'homme du contrat social était apparu dans le monde à une certaine époque [...] où il s'agissait, selon Rousseau, de trouver une forme d'association sociale qui défendit et protégeât la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéit pourtant qu'à lui-même. Et restât aussi libre qu'auparavant. [...] On sait quel homme est sorti de la pratique de cette association légale! C'est l'homme que nous connaissons, un homme condamné à mort, l'homme de notre vie sociale». Suit un

¹⁶ Pascal ORY, *Les collaborateurs*, col Points Histoire, Seuil, 1976, p. 75.

raisonnement fumeux qui oppose l'homme isolé, entité abstraite qui tire son existence du droit, et l'homme de la communauté, «rouage immédiat de la vie de cette communauté»: «L'homme nouveau appartient à un monde d'action auquel reste complètement étrangère l'idée même de la représentation politique. Il n'y a plus pour lui, il n'y a plus en lui de politique»¹⁷.

La réflexion de Rousseau, dans le *Contrat social*, est fondamentalement politique puisqu'elle tente de penser une société qui respecterait les droits de ses membres. La loi doit être la traductrice de la volonté générale issue du corps social. Le législateur se fait l'interprète de la volonté générale, son médiateur. Ces fondamentaux de la pensée démocratique constituent pour l'admirateur d'Hitler des obstacles à la transparence et à la foi communautaires. L'homme ne pense plus, il est un acte qui obéit à un absolu supérieur: «Il y a pour lui et en lui la vie, la vie qui s'épanche et dont le souffle passe par son souffle et l'action par son action». Cette mystique vitaliste est propre aux idéologies fascistes et nationales-socialistes. Les individus se dissolvent dans la soumission à la communauté nationale, c'est-à-dire à Hitler ou à Mussolini. C'est leur souffle et leur vie qui animent chaque membre du corps social. Le contrat postule l'existence de deux parties, gouvernés et gouvernants, qui disparaissent dans la fusion du corps social avec le corps du chef. Leur disparition est la condition première du totalitarisme nazi. Rousseau définit la liberté de l'individu comme inaliénable. Il justifie la révolte de l'opprimé contre l'oppresser, la nécessité de la méditation et de la solitude face à la communauté. Cette pensée politique ne pouvait guère séduire les tenants d'une alliance avec l'Allemagne nazie.

17 Zeev Sternhell, dans son ouvrage, *Les anti-Lumières*, *op.cit.*, remarque que Carlyle et Taine rejettent déjà l'homme de la raison, «l'homme abstrait créé par les livres» et lui substituent l'homme réel, p. 237 et 274.

Autre grief à l'encontre de Rousseau, son caractère sémitique qui est souligné tant dans les feuilles maurrassiennes que dans les journaux collaborationnistes. Le 16 avril 1942, dans l'*Action française*, Charles Maurras reprend, dans une note d'un de ses articles, les propos tenus par Henri Guillemin qui, dans la *Gazette de Lausanne* du 12 avril 1942, s'était fait contre lui le défenseur de Jean-Jacques. Guillemin s'en était pris à Maurras et à un de ses articles daté du 15 octobre 1899 qui attaquait Rousseau «possédé d'une rage mystique, aventurier nourri de révolte hébraïque, [...] un de ces énergumènes qui, vomis du désert [...] promenaient leurs mélancoliques hurlements dans les rues de Sion». Maurras compare Rousseau aux prophètes juifs. Dans sa réponse à Guillemin le 16 avril 1942, il revient sur son article de 1899: «J'ai comparé Rousseau et les roussiens aux prophètes juifs. J'ai eu tort. J'aurais dû dire aux faux prophètes. Un quart de siècle plus tard, réimprimant le même morceau [...] j'ai écrit «faux prophètes». [...] Ce que je voulais ainsi montrer dans Rousseau, c'était le cas type de l'insurgé contre toutes les hiérarchies, le cas essentiel de l'individualisme anarchique. [...] Les faux prophètes (et le diable sait s'ils furent nombreux en Israël!) exprimaient contre les pouvoirs réguliers leurs passions, leurs fantaisies, leurs intérêts ou leurs pitoyables raisonnements, tout comme Rousseau, avec qui leur ressemblance est constante, quant à la frénésie, aux rêveries, aux révoltes, tout l'esprit révolutionnaire de l'Orient».

Maurras dénonce en Rousseau «l'aventurier nourri de révolte hébraïque»¹⁸, le précurseur des révolutions de l'Est. Entre la première mouture de son article en 1899 et son commentaire en 1942, une grande révolution a bien eu lieu à l'est, conduite en partie par des juifs. Maurras, à travers Rousseau, attaque le «judéo-bolchevisme». On

18 Cité par Raymond TROUSSON, *Défenseurs et adversaires de J.-J. Rousseau*, *op.cit.*, p. 317.

découvre chez le philosophe les caractéristiques propres au peuple sémite dévoré par la passion égalitaire et révolutionnaire. Rousseau, névrosé, de santé précaire, éternel voyageur, possède toutes les caractéristiques du juif¹⁹. Marc Duconseil, dans son ouvrage sur Montesquieu paru en 1943²⁰, rattache le *Contrat social* à la halakha rabbinique, l'ensemble des obligations religieuses auxquelles doivent se soumettre les juifs durant leur existence dans leurs rapports sociaux comme dans leur relation à Dieu : « Par Calvin et Paul le *Contrat social* est cousin du Talmud »²¹. Ces « caractères intellectuels qui accusent la parenté sémitique de Rousseau » trouvent leur source dans « son mépris pour le réel » digne d'un théologien talmudiste qui ne considère que le droit, qui énonce des abstractions sans tenir compte de la réalité et de l'expérience vécue. « Mais à côté de cette part raisonneuse et dogmatique, poursuit Duconseil, [...] il y a en lui une autre force, qui, elle, le joint aux prophètes hébreux et l'apparente à la vieille agada. C'est une force qui n'est plus de raison, mais de passion ». Le « véritable juif errant [...] rêve, comme Esaïe, de nouveaux cieus et d'une terre nouvelle où habitera la justice naturelle, amie de Jean-Jacques. [...] Il n'est pas que système, et c'est ce qui fait sa force dangereuse »²².

Le grand crime de Rousseau, celui qui le rattache fondamentalement à la tradition juive, c'est d'avoir établi une synthèse entre l'idée, le concept, et sa passion prophétique qui risque de séduire les hommes ou selon le vieil adage marxiste de s'emparer des masses, et quand les idées s'emparent des masses, comme chacun sait, elles deviennent des forces matérielles. Pendant plus d'une page, sous couvert d'une analyse rigoureuse

relayée par un vocabulaire savant emprunté à la culture juive, Duconseil, tout comme Maurras, fait le procès du « judéo-bolchevisme » dont Rousseau est en quelque sorte le premier représentant. Il termine son paragraphe sur Rousseau par une évocation de la Terreur : « Après les bûchers de l'Inquisition, ce sera à la guillotine de 93 de faire suite aux lapidations sémites. Jean-Jacques Rousseau est la grande figure sémite qui domine notre époque. [...] Voilà le père des dogmes démocratiques modernes »²³. Dominique Sordet, dans les *Derniers jours de la démocratie*²⁴ paru en 1944, revient sur l'ouvrage de Duconseil, cite et en commente, sans détour, la phrase centrale : « Jean-Jacques Rousseau est la grande figure sémite qui domine notre époque ». Définition inédite et, à première vue, surprenante. Je suis frappé pour ma part de sa justesse. En relisant l'autre jour le *Contrat social* et le *Discours sur l'Inégalité*, je retrouvais dans le style, mais surtout dans le mécanisme du raisonnement, une curieuse similitude de démarche entre l'esprit de Rousseau et celui de Léon Blum. [...] « Ce pilpoul est bien juif. Mais Rousseau est juif aussi par certaines des idées qui sont les siennes et qui sont destructives non pas seulement de l'ordre établi, ce qui ne serait rien, mais de tout ordre social hiérarchique, et par conséquent aryen »²⁵. Dans un des chapitres intitulé « Les origines historiques de la démocratie moderne, l'esprit juif », Sordet rattache les états modernes démocratiques à la tradition juive : « L'État démocratique moderne [...] descend du judaïsme. L'égalité est une passion juive. Aux antipodes de l'esprit égalitaire, la notion de hiérarchie est au contraire essentiellement aryenne »²⁶. Puisque tous les hommes sont égaux devant Dieu, le messianisme juif est par essence égalitaire et révolutionnaire : « Voilà le terrain

19 Voir ENZO TRAVERSO, *La violence nazie, une généalogie européenne*, La Fabrique éditions, 2002, p. 131.

20 Marc DUCONSEIL, *Machiavel et Montesquieu, Recherche sur un principe d'autorité*, Denoël, 1943.

21 *Ibid.*, p. 121.

22 *Ibid.*, p. 126.

23 *Ibid.*, p. 127.

24 DOMINIQUE SORDET, *Les derniers jours de la démocratie*, Inter-France, 1944.

25 *Ibid.*, p. 47.

26 *Ibid.*, p. 23.

sur lequel vont pousser les prophètes et leur démagogie furieuse qui invective les rois et menace les riches»²⁷. Sordet n'opère pas de rupture entre le christianisme primitif, la figure de Jésus et ses origines juives: «Tous les hommes sont égaux, admet le christianisme primitif, imprégné de judaïsme. Ce christianisme originel épouse l'esprit de revendication et de subversion d'Israël. Certes, il adoucit son expression et la spiritualise. [...] Jésus n'en est pas moins un orateur révolutionnaire»²⁸. Jésus est un juif et les textes évangéliques restent fortement imprégnés du prophétisme de l'Ancien Testament dont Rousseau aime tant la lecture, qui le console et apaise ses souffrances dans les moments douloureux de son existence où pourchassé, il est voué à l'exil pour échapper à l'arrestation.

Sans être absent du paysage politique et intellectuel durant l'Occupation, Diderot retient moins l'attention que ses coreligionnaires en philosophie. Son rôle de directeur de l'*Encyclopédie* semble paradoxalement effacer peu ou prou son statut de philosophe, voire d'écrivain. Difficile en effet de commenter la vie et l'œuvre du Langrois sans évoquer les principaux auteurs du dictionnaire et plus largement les milieux intellectuels qui gravitent autour. Qui dit encyclopédisme pense franc-maçonnerie et Révolution française. Diderot artisan de la chute de l'Ancien régime rejoint Rousseau sur le banc des accusés. Mais le procès politique intenté à l'encyclopédiste entache peu son œuvre et sa personne. Les collaborateurs éprouvent une certaine sympathie à l'égard de l'écrivain et de l'homme Diderot. Les éditions de la Toison d'or rééditent la *Religieuse* en 1944 et une édition belge offre une publication des extraits des *Salons* commentés et annotés. L'ouvrage critique du baron Ernest Seillière²⁹,

Diderot, paru en 1944 aux éditions de France, pont entre le conservatisme de Vichy et la Collaboration³⁰, prend cependant, dès les premières lignes, l'aspect d'un réquisitoire contre les Lumières et Diderot dénoncé tout au long de l'ouvrage comme le principal précurseur des épisodes les plus sanglants de la Révolution. Le philosophe ne trouve pas d'avocat aussi prestigieux qu'un Guillemin pour Rousseau, ni parmi les collaborateurs, ni dans les milieux de la Résistance. Dès le début du siècle, le baron Seillière vocifère contre l'auteur du *Contrat social* et apparaît comme «le troisième contempteur important de la lignée anti-rousseauiste qui précède le bicentenaire»³¹. En 1940, il se range avec enthousiasme du côté du Maréchal. En décembre 1941, il va jusqu'à signer un texte qui condamne fermement les crimes odieux de la Résistance envers les forces d'occupation³². L'ouvrage de Seillière, d'un style indigeste, offre une caricature grossière et maladroite de l'œuvre de Diderot. Il présente l'œuvre du philosophe en deux parties que l'auteur rattache aux deux personnalités du philosophe, celle d'un naturaliste mystique qui conteste l'ordre établi et celle d'un rationaliste conservateur, admiratif de la pensée de Hobbes. Seillière s'élève contre l'idéologie du contrat social et la bonté naturelle de l'homme, accuse

tout en publiant de nombreux essais sur la littérature française, tout particulièrement sur le romantisme, dont il fut un critique sévère. En 1914, il est élu membre de l'Académie des Sciences morales et politiques dont il devient le secrétaire perpétuel vingt ans plus tard. Durant l'Occupation, il appuie ouvertement la politique de Pétain et stigmatise en 1941, dans un «Appel à la population de Paris», dont il est signataire, les premiers actes de la Résistance contre l'armée allemande. Il est élu, par une courte majorité, à l'Académie française en février 1946 et disparaît neuf ans plus tard. Voir Colonel André-OUZOULIAS, *La vie héroïque du Colonel Fabien*, Éditions sociales, 1945.

27 *Ibid*, p. 25.

28 *Ibid*, p. 29.

29 Né à Paris en janvier 1866 dans une famille liée aux plus vieilles maisons de France, Ernest Seillière entame une carrière de journaliste au *Journal des Débats* puis à la *Revue des deux mondes*

30 Voir Pascal ORY, *Les collaborateurs*, op. cit., p. 220.

31 Tanguy L'AMINOT, *Images de Rousseau de 1912 à 1978*, op. cit., p. 17.

32 Voir André OUZOULIAS, op. cit., pp. 24-25.

Diderot d'être le principal précurseur de la Révolution. Le premier objectif du dictionnaire encyclopédique, cette « machine de guerre »³³ était la destruction de la religion.

Fidèle à la tradition contre-révolutionnaire, il dénonce l'immoralité des *Bijoux indiscrets* et de la *Religieuse*³⁴, conteste l'intérêt du *Neveu de Rameau* et de *l'Essai sur Sénèque* auquel il manque, selon lui, « l'apport chrétien et les affinements émotifs que les races du Nord ont plus tard introduits dans la mystique chrétienne, comme l'enseigne Houston Stewart Chamberlain »³⁵. Alliance entre la chrétienté et le paganisme pangermaniste sous la figure de Houston Chamberlain, admirateur de Wagner, l'un des principaux inspirateurs du nazisme et du racisme biologique. Tout un programme en cette année 1944 où la Milice vient au secours de la Gestapo dans la traque des Juifs et des résistants.

De tous les philosophes ayant participé de près ou de loin au mouvement des Lumières, Diderot et Rousseau sont considérés comme les véritables précurseurs de la chute de l'Ancien Régime. Ils sont censés avoir ouvert la voie aux puissants courants égalitaires qui ont détruit les digues de la hiérarchie et de l'ordre ancien. Dans plusieurs journaux collaborationnistes, *Au Piloni*, *la Gerbe*, les philosophes, sans être toujours nommément désignés, apparaissent comme les principaux coupables de la décadence française. Dans la *Gerbe* du 2 janvier 1941, Clément Serpeille de Gobineau, petit-fils du comte de Gobineau, auteur de *l'Essai sur l'inégalité des races humaines*³⁶, reprend les poncifs de la Contre-révolution :

« La France, depuis cent cinquante ans, respire politiquement dans les miasmes d'une idéologie absurde et déprimante. Cette idéologie, élaborée dès le milieu du XVIII^e siècle par les philosophes, mise au point dans les sociétés de pensée, a été répandue à travers le pays par le canal des loges maçonniques, lesquelles ont organisé la propagande révolutionnaire, dressé les cahiers des États généraux et imposé la révolution de 1789 ».

Ces considérations sur les causes de la Révolution française ne présentent aucun élément nouveau. La fameuse thèse du complot des philosophes et des francs-maçons décidés à renverser l'ordre social et politique se trouvait dès 1798 dans les *Mémoires pour servir à l'histoire du jacobinisme* de l'abbé Barruel. C'est cette même collusion entre les Encyclopédistes et les Francs-maçons qui est dénoncée dans *Au Piloni*. Le 5 juin 1941, le journal s'en prend aux Encyclopédistes, particulièrement à Rousseau :

« Depuis 1717, la philosophie maçonnique des encyclopédistes a mis deux cents ans à détruire l'œuvre de vingt siècles de construction française. La France s'est bâtie lentement par ses rois, par ses chefs, par ses nobles, par ses artisans, par ses prêtres, par ses ouvriers. Une explosion populaire, bourrée des doctrines de Rousseau, a pulvérisé l'édifice ».

Deux semaines avant l'offensive nazie contre l'URSS, le journaliste fait allusion autant à la Révolution française qu'à la Révolution bolchevique de 1917. Il établit un lien implicite entre la fondation officielle de la franc-maçonnerie en Angleterre en 1717 et la Révolution russe. Un tel texte s'inscrit pleinement dans la répression acharnée menée à la fois contre les bolcheviques, les Francs-maçons et les juifs, les trois cibles de l'idéologie nazie. Son auteur sous-entend que la France n'a commencé à exister qu'à la naissance de Jésus, c'est-à-dire dans la rupture d'avec la

33 Ernest SEILLIÈRE, *Diderot*, éditions de France, 1944, p. 169.

34 SEILLIÈRE, *op. cit.*, p. 287. Sous la Restauration, le gouvernement Villèle interdit la *Religieuse* à deux reprises en 1824 et 1826.

35 *Ibid.*, p. 271.

36 Publié entre 1853 et 1855, cet essai postule l'existence de trois races et la supériorité de la race blanche sur la race jaune et la race noire. Le métissage de ces trois races conduit inéluctablement la civilisation et l'espèce humaine vers la décadence.

judéité. Dans le même journal, un article sur les causes de la Révolution française, paru le 15 juillet 1943, établit une liste des adversaires de l'Ancien Régime et désigne «le clan des encyclopédistes et des membres des sociétés de pensée qui, s'appuyant sur les loges, semaient à foison leurs principes de désagrégation et de nivellement».

Ces attaques sont spécifiques à la droite collaborationniste. Elles s'inscrivent dans une tradition politique qui remonte au Directoire mais trouvent leur place dans le nazisme qui constitue aussi une rupture radicale avec les valeurs universalistes des Lumières. Les Encyclopédistes sont pris à partie par Ramon Fernandez le 27 mars 1943 dans *l'Émancipation nationale*, l'hebdomadaire du PPF de Doriot publié à Marseille par Simon Sabiani :

«Depuis près de deux cents ans, les intellectuels ont tendance, en tant qu'intellectuels, à former un parti en vue d'une action précise sur le gouvernement et sur les lois. Ils n'ont pas attendu le Front Populaire, ni l'affaire Dreyfus, pour s'ordonner en une unité de combat. La première forme précise de politique intellectuelle fut donnée au XVIII^e siècle dans le mouvement de *l'Encyclopédie*. Un groupe d'écrivains, première république des camarades, se donna comme tâche déterminée d'inculquer aux contemporains des idées tendancieuses sur les lois, les coutumes et l'avenir du monde humain. Débitant les idées de ceux qu'on appelait les «philosophes», D'Alembert et surtout Diderot mirent en marche une machine à répandre les «lumières» aux quatre coins de la France. L'Anglais Young, voyageur attentif, observait alors que tous les Français avaient un livre ou une gazette à la main, y compris les porteurs de chaise; et Tocqueville, après Burke et Taine, notait la tendance des Français de la Révolution à voir les idées abstraites qu'avaient

formées dans leur cerveau leurs lectures et une propagande parfaitement organisée».

Dans son *Itinéraire français* publié en 1943, Fernandez revient sur le rôle supposé des Encyclopédistes: «Sous l'impulsion de Diderot, avec le concours actif de Voltaire, de d'Alembert et de quelques autres, c'est une entreprise pour mettre à la portée de l'homme moyen, pour vulgariser en un mot, un ensemble de connaissances qui permettront à cet homme moyen de renverser le pouvoir établi»; il conclut que «le XVIII^e siècle [...], de lectures en lectures, glisse sur la pente fatale de la Révolution»³⁷. Les analyses de Ramon Fernandez ne développent pas de théorie nouvelle ni originale. *L'Encyclopédie*, dès le XVIII^e siècle, a été dénoncée par ses adversaires, que ce soit Fréron ou le janséniste Chaumeix, comme un clan soudé, voué à anéantir les structures de la monarchie absolue³⁸. On a reproché aux encyclopédistes de se mêler de ce qu'il ne les regardait pas, c'est-à-dire de politique. Fernandez décerne la palme encyclopédique à Diderot qu'il considère, à juste titre, comme le principal promoteur de la grande entreprise à laquelle il est resté fidèle.

Quant à Ernest Seillière, il s'insurge contre l'idéologie du contrat social et de la bonté naturelle de l'homme, accuse Diderot d'avoir non seulement œuvré à la chute de l'Ancien Régime, cette «Révolution française dont il a préparé l'éruption sans le savoir»³⁹ mais d'être responsable des actes les plus sanglants de la Terreur. Il s'appuie sur les textes de Diderot, *l'Encyclopédie*, les *Eleuthéromanes*, le *Supplément au voyage de Bougainville*.

37 Ramon FERNANDEZ, *Itinéraire français*, éditions du Pavois, 1943, pp. 214 et 215.

38 Sur Chaumeix et Fréron, voir Didier MASSEAU, *Les ennemis des philosophes, L'antiphilosophie au temps des Lumières*, Paris, Albin Michel, 2000, p. 137 et 142. Et Pascale PELLERIN, *Lectures et images de Diderot de l'Encyclopédie à la fin de la Révolution*, Septentrion, 2000, p. 19 et sq.

39 SEILLIÈRE, *op. cit.*, p. 44.

Le premier objectif du dictionnaire, cette « machine de guerre »⁴⁰ était la destruction de la religion. « Car cette Encyclopédie [...] devait être, dans l'intention de son promoteur le livre sacré de l'ère nouvelle : ère que la Révolution française affichera bientôt la prétention d'ouvrir sans plus de délai ». Seillière reprend la thèse du système des renvois pour expliquer comment Diderot a pu passer à travers les mailles de la censure : « Il a imaginé toute une technique (dont le subterfuge principal est le renvoi calculé et voulu d'un article du dictionnaire à un autre) pour égarer l'investigation des censeurs et rester à l'abri de leurs veto ». Ce fantasme trouvait déjà sa place en 1760 chez le janséniste Chaumeix, adversaire acharné des Encyclopédistes. Nous retrouvons d'ailleurs dans l'ouvrage de Seillière des thèses communes aux contre-révolutionnaires du Directoire. Et ce n'est sans doute pas une coïncidence si ce dernier s'appuie sur le *Supplément au voyage de Bougainville* et les *Eleuthéromanes* pour attaquer les idées subversives du philosophe. Commentant la vie sexuelle des habitants des Tahitiens, « ces rêveries puérides », Seillière écrit que « la littérature et le théâtre révolutionnaire leur feront écho sans se lasser ; elles ont préparé, sous la plume de « maint philosophe », l'aspect utopique d'abord, puis sanglant de la grande convulsion sociale dont fut marquée la fin du siècle »⁴¹.

Quant à la phrase du curé Meslier⁴² sur la strangulation des rois et des prêtres, retranscrite par Diderot dans les *Eleuthéromanes*, elle est « annonciatrice des

crimes révolutionnaires »⁴³. Seillière, intentionnellement ou non, à l'instar des contre-révolutionnaires de 1796, confond le texte de Meslier avec le poème de Diderot. Cette confusion démontre dans quelle tradition politique s'inscrit Seillière, celle de la contre-révolution. Le Diderot auteur des *Eleuthéromanes* dont Seillière retranscrit un extrait se confond avec le Diderot de l'oralité révolutionnaire qui appelle au massacre des rois et des prêtres, ce Diderot « qui nous a parlé d'étrangler le dernier des rois avec les entrailles du dernier des prêtres ». C'est la fièvre subversive du philosophe, « annonciatrice des crimes révolutionnaires [...] ces vers frénétiques » qui se trouvent ici mis en cause. Et Seillière d'affirmer sans détour que Diderot fut « l'un des pères de la Révolution française »⁴⁴. À ces positions révolutionnaires, l'auteur oppose l'idéologie conservatrice de Vichy. Lorsque les philosophes des Lumières dénoncent les crimes des despotes, Seillière objecte que « ce sont tout aussi bien les crimes des non-despotes que nous rencontrons à toute page dans les annales du passé »⁴⁵. Il affirme à plusieurs reprises que le peuple ne peut jouir de conscience morale : « Seule une élite façonnée à quelque maîtrise de soi [...] peut loger dans son sein plus de bien que de mal moral ». Il ajoute plus loin qu'« il convient de rester optimiste en morale et que, sans atteindre à un parfait bonheur, le genre humain peut s'en rapprocher quelque peu [...] dans ses groupes sociaux les plus doués »⁴⁶.

Seillière se rattache à la conception catholique de l'ordre moral fondée sur le respect de l'autorité et des hiérarchies. Il prône la soumission des faibles et conteste le système parlementaire et la démocratie. Il combat le « naturisme mystique », « cette religion novatrice [...] qui attribue la bonté naturelle, non plus à de lointains

40 *Ibid.*, p. 169.

41 *Ibid.*, p. 130.

42 Jean Meslier, disparu en 1729, a laissé à sa mort un énorme volume intitulé plus tard *Testament* dont Voltaire apprend l'existence en 1735 grâce à l'un de ses correspondants. Il en publie un extrait en gommant les invectives du curé contre les rois, les prêtres et l'Église catholique. Le texte original de Meslier circule dans les milieux encyclopédistes parmi les proches de Diderot qui sont matérialistes. Diderot avait repris lui-même l'un des passages du texte de Meslier dans un petit poème, les *Eleuthéromanes* publié sous la Révolution en 1796.

43 SEILLIÈRE, *op. cit.*, p. 93.

44 *Ibid.*, p. 154.

45 *Ibid.*, p. 44.

46 *Ibid.*, p. 54.

cannibales ou à nos propres ancêtres primitifs, mais la salua dans les faubourgs des grandes villes et chez le *durus arator* de nos campagnes. De là, le suffrage universel égalitaire...»⁴⁷. De même, Seillière réproche l'inclination amoureuse, source de désordre social, et valorise le « mariage de pure convenance »⁴⁸. Il épouse à lui seul tout le programme de la Révolution Nationale. Dans un article de *Révolution nationale* du 10 juin 1944, Marius Richard résume en quelques lignes l'essai de Seillière :

« Il ressort du livre de M. Ernest Seillière, que le Diderot de la religion naturelle, de l'*Encyclopédie*, reste l'artisan le plus direct, et comme le théoricien de la Révolution. Elle porte sa marque. On le verrait très bien rédiger, pour la Convention, ce dictionnaire philosophique, où le sens des mots eût été défini selon les idées nouvelles, qu'il proposa à Catherine de Russie. Toutes ces allégories théâtrales que la Révolution se donna pour décor semblent inspirées de ces sujets à tendance qu'il proposait aux peintres de son temps, et qui sont la négation même du sens que nous avons de la peinture ».

Diderot reste l'un des principaux précurseurs de la Révolution dans son expression la plus violente. Il est ici question de la Convention qui condamna Louis XVI à mort. Ce philosophe porte en lui les germes de la Terreur, du massacre des rois et des prêtres. Dans une édition d'extraits des *Salons* parue à Bruxelles en 1944 et présentée par un certain Armand Behets, Diderot apparaît encore comme le principal précurseur de la chute de l'Ancien Régime :

« Il nous paraît bien établi que Diderot mérite une place éminente parmi les penseurs et les écrivains

qui préparèrent les voies aux artisans directs de la Révolution. Diderot, c'est l'*Encyclopédie*, et celle-ci fut une véritable machine de guerre contre les institutions, bonnes ou mauvaises de l'Ancien régime. [...] S'il est vrai qu'on chantait, à Paris, pendant la Révolution : « C'est la faute à Voltaire ! C'est la faute à Rousseau ! » on aurait pu tout aussi bien chanter : « C'est la faute à Diderot ! » on n'y a pas pensé, sans doute, parce que l'influence directe de ce dernier sur les événements, a paru très limitée à ses contemporains qui ne le connaissaient guère que par l'*Encyclopédie* ».

La charge virulente contre les Encyclopédistes et contre Diderot paraît cependant reléguée au deuxième rang derrière les attaques constantes contre Rousseau, au Nord comme au Sud. Au Sud, c'est Maurras et l'*Action française* qui, à travers le culte rendu à Pétain, mènent un procès sans répit contre Rousseau et la Révolution de 1789. Ce rejet des Lumières imprègne le quotidien depuis sa création en 1908. Il s'en prend violemment aux Encyclopédistes, à Diderot et à Rousseau, mais témoigne une plus grande indulgence à l'égard de Voltaire respectueux du classicisme du Grand siècle⁴⁹. C'est Rousseau le père spirituel de la Révolution. Le 20 janvier 1941, le quotidien commente un article de la *Revue universelle* paru le 1^{er} janvier :

« Ainsi peut-on trouver, dans la *Revue Universelle* du 1^{er} janvier, sous la signature du Maréchal Pétain, cette condamnation de l'individualisme, de l'égoïsme mis à la mode, lancé, voilà bientôt deux siècles, par l'un des responsables directs, promoteur déjà lointain des folies qui nous ont valu la chute lente de notre pays vers le plus grand désastre

47 *Ibid.*, p. 84.

48 *Ibid.*, p. 156.

49 Voir Paul RENARD, *L'Action française et la vie littéraire* (1931-1944), *op. cit.*, p. 62-65. Et Raymond TROUSSON, *Défenseurs et adversaires de J.-J. Rousseau*, *op. cit.*, pp. 313-324.

de son Histoire. [...] Jean-Jacques Rousseau peut-être vraiment fier du désastre final dû à son œuvre destructrice et à ses disciples. « Et quels disciples! ajoutait Louis Veuillot; tous les professeurs, tous les révolutionnaires, toutes les femmes de lettres émancipées raffolent de Rousseau ». Ses disciples, plats valets du régime aboli, ont transporté un jour les restes de sa vilaine dépouille au Panthéon. [...] On se rappelle le tapage mené en l'été 1939 autour du cent-cinquantenaire de la prise de la Bastille, aurore sanglante de la Révolution issue des faux prophètes à la Rousseau. Deux mois plus tard c'était la guerre; le désastre allait se préparer, se précipiter. Une autre aube sanglante se levait. Quel rapprochement!... »

Cet article du 19-20 janvier 1941, qui stigmatise l'individualisme rousseauiste lui fait endosser les deux plus grandes catastrophes de l'histoire de France, la chute de l'Ancien Régime et l'occupation allemande. La défaite des armées françaises est une conséquence directe de la Révolution de 1789, première étape qui a conduit au dépérissement de la grandeur nationale. Pour Maurras et l'Action française, 1789 a rompu l'unité française élaborée, consolidée autour de la figure du roi, facteur de continuité, d'ordre et de hiérarchie. Les principes égalitaires de la Révolution ont détruit la cohésion du royaume. L'émancipation des Juifs, peuple apatride et inassimilable, est ni plus ni moins une illustration du chaos révolutionnaire. La « gueuse » a entraîné l'effondrement du sentiment national. Rousseau, comme père spirituel de Robespierre, reste le responsable principal de la situation. Un article du 19 avril 1942 intitulé Rousseau et Robespierre, centré sur la question religieuse, dénonce l'influence du Genevois sur l'Incorruptible :

« Si l'on veut étudier dans toute son ampleur la décomposition du sentiment religieux dont Rousseau assume la responsabilité, c'est le

meilleur disciple, le disciple intégral de Rousseau, c'est Robespierre qu'il faut regarder. [...] Il a médité le *Contrat social*, au livre VI, « Des moyens d'affermir la constitution de l'État », chapitres VII et VIII, « De la censure » et « De la religion civile ». Pénétré des doctrines de Rousseau, Robespierre prétend régner par elles. [...] Telle est l'influence de Rousseau. Tel est l'abîme qu'il ouvre sous ses pas. Non, le Dieu de Rousseau n'est pas le nôtre et sa religion frelatée n'a rien de commun avec la foi de Bossuet ».

Le couple Rousseau/Robespierre, abhorré par l'*Action française*, nourrit sa haine contre les Lumières et la Révolution française réduite à l'épisode de la Terreur. Rousseau est l'inspirateur le plus direct de la dictature robespierriste, annonciatrice du régime nazi. L'*Action française* du 29 juin 1943, qui affirme sans détour « que le « national-socialisme » est un fils légitime de la sévère pensée du *Contrat social* », s'en prend une fois de plus au citoyen de Genève :

« Aurai-je besoin d'une preuve encore du caractère socialiste, étatiste, dirigiste et toujours totalitaire de la pensée de Rousseau que je la trouverais sans peine non plus dans la descendance allemande du philosophe, mais cette fois dans sa descendance française. De Robespierre à Babeuf, de Babeuf à Buonazotti (*sic*), la chaîne est nouée par celui-ci avec le socialisme de 1848, et rejoint ainsi le nôtre, sans une faille, sans une coupure ».

L'auteur de l'article, François Regel, s'appuie sur les *Considérations sur le gouvernement de Pologne*. Un peu plus loin, c'est le *Contrat social* qui se trouve placé sur le banc des accusés :

« Ajoutons [...] que Rousseau, dans le chapitre du *Contrat social* consacré au législateur, ne paraît pas écarter l'idée d'une dictature personnelle et

que Robespierre ici encore ne fera qu'appliquer et introduire dans la pratique les idées de son maître».

Le rapprochement opéré entre Robespierre et Babeuf, omet de préciser que le chef de la Conjuración des Égaux fut arrêté en mars 1794, pendant la Terreur, et incarcéré durant quatre mois dans la vague de répression qui s'abat sur les Enragés et les Hébertistes. L'auteur de l'article qui écorche au passage le nom de Buonarroti semble connaître bien mal l'épisode de la Conjuración des Égaux. Il ne s'arrête pas à ce type de détail qui nuirait à son propos : démontrer que les tenants de la démocratie parlementaire et du régime républicain, lorsqu'ils se réclament du philosophe inventeur des droits de l'homme, rendent hommage, sans le savoir, au précurseur du totalitarisme. Au demeurant, Maurras n'établit pas de distinction entre 1789 et 1793. Dans un article du 14 août 1942, il rend hommage à Taine et rejoint pleinement l'historien qui le « premier [...] a montré que 1789 était déjà 1793. [...] Il reste parfaitement exact – ce qu'on n'avait pas su voir avant Taine – qu'une anarchie terroriste fut éminemment contemporaine de la Constituante, cette Assemblée de libéraux était une Assemblée de Jacobins. La grande beauté de la « psychologie du Jacobin » fut de montrer avec une véritable splendeur, par quel mécanisme bien simple les fils de Rousseau optimiste et anarchiste devaient devenir les disciples du Rousseau autoritaire et dictatorial».

Maurras ne s'intéresse pas au processus interne de la Révolution, à ses contradictions, à son histoire. C'est un monstre à tête unique qui a détruit le système monarchique soudé autour du monarque. L'obsession de l'unité et de la continuité, qui marque les analyses de Maurras sur la société d'Ancien Régime trouve son pendant dans sa vision uniforme de la Révolution française.

Dominique Sordet, cet ancien saint-cyrien devenu directeur de l'agence Inter-France et l'un des soutiens

les plus fervents et les plus actifs de l'Allemagne nazie s'en prend durement au « névropathe Rousseau » et aux révolutionnaires rongés par la manie de l'abstraction. Dans son livre, *Les derniers jours de la démocratie*, publié en 1944, chez Inter-France, il consacre un chapitre entier au philosophe de Genève :

« De tous les philosophes qui répandirent cette idée, en apparence inoffensive, qu'un homme en vaut un autre, Rousseau fut le plus lu, le plus admiré. Robespierre en faisait sa lecture préférée. [...] Les chefs de la révolution vécurent hors du monde, tout en y faisant beaucoup de dégâts. Ces petits intellectuels, fort satisfaits du mécanisme de leurs cervelles, apprirent de Rousseau à préférer le maniement des abstractions au coltinage des réalités. [...] Le léger délire du névropathe Rousseau, c'est le contact rompu entre l'esprit, tout fier d'avoir largué ses amarres, et la réalité ; c'est le commencement de la grande brèche par où va s'engouffrer la Révolution irréaliste... »⁵⁰

Le rapprochement entre le fou et le révolutionnaire n'est pas nouveau. Il remonte au début de la III^e République et prend racine, entre autres, dans les soulèvements populaires de 1848 et de la Commune.

C'est ainsi que Ramon Fernandez dans son *Itinéraire français* avance des arguments psychologiques pour expliquer la soif révolutionnaire de Rousseau : « Ne voulant pas et ne pouvant pas se changer lui-même, il veut changer la société. Autrement dit, il devient révolutionnaire et le premier Jacobin »⁵¹. Les révolutionnaires, en décrétant l'égalité des citoyens ou en condamnant le chimiste Lavoisier à la guillotine, ont voulu revenir « aux premiers temps » en s'inspirant

50 Dominique SORDET, *Les derniers jours de la démocratie*, op. cit., p. 51.

51 Ramon FERNANDEZ, op. cit., p. 224.

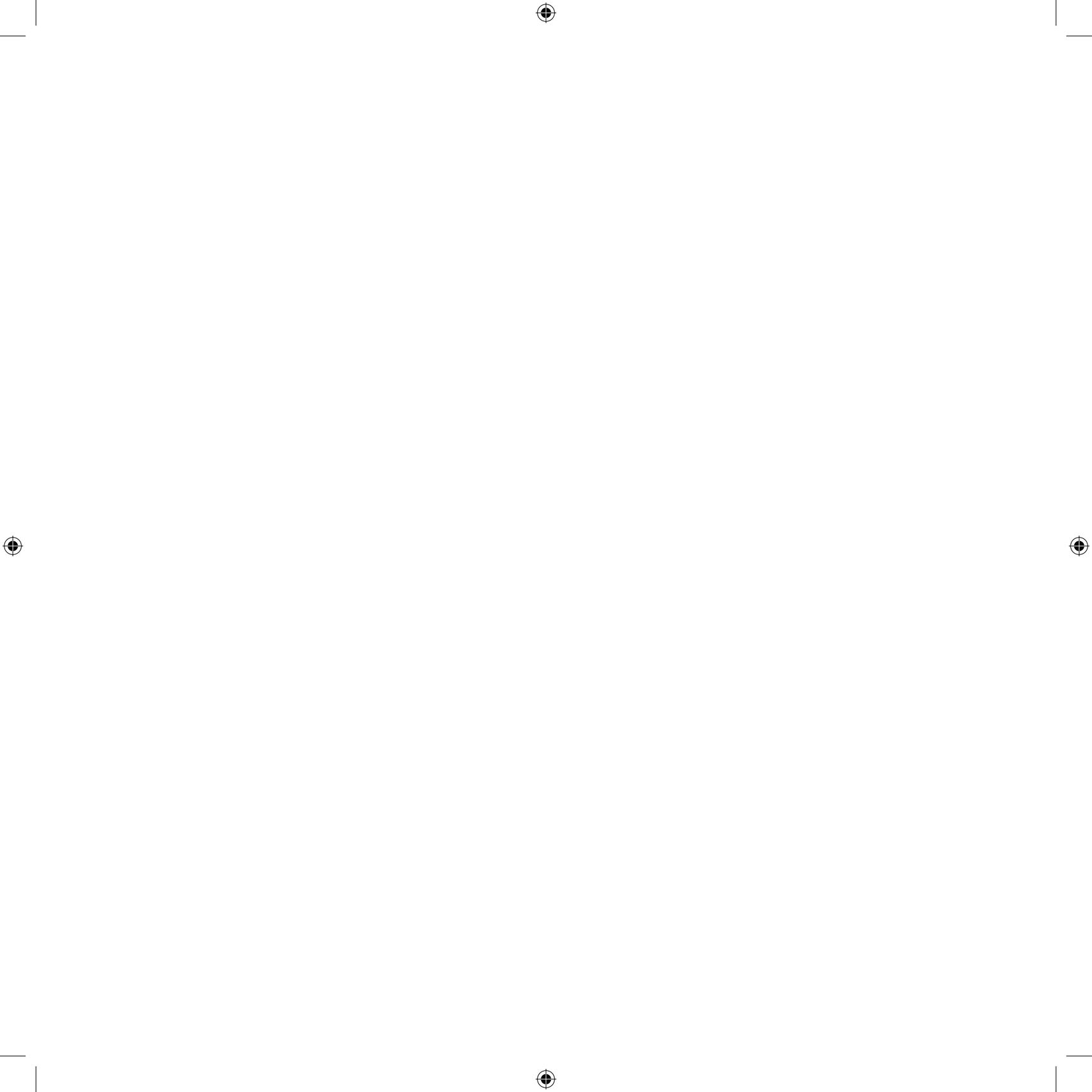
fidèlement des deux célèbres discours de Jean-Jacques. Fernandez, comme Maurras, n'opère aucune distinction entre la Révolution de 1789, celle des droits de l'homme, et la Terreur de 1793. Elles sont d'autant plus assimilables qu'elles proviennent de la même source et constituent un retour à la barbarie primitive « encensée » par Rousseau, comparable à la sauvagerie des colonisés. Les révolutionnaires sont l'illustration du personnage du bon sauvage de Rousseau qui ne connaît pas l'inégalité et qui n'a pas besoin de cultiver les sciences et les arts. Ainsi « lorsque Robespierre fait couper sans répit les têtes, il se comporte en fidèle disciple de Jean-Jacques. Car il coupe les têtes par humanité, ne l'oublions pas »⁵². Les ouvrages de Rousseau « vont devenir les bréviaires des hommes qui travaillaient à changer la société. Si les hommes de la Révolution surprisent à ce point les pays étrangers et les Français de la vieille tradition, si la France révolutionnaire offrit au monde un visage inconnu et terrifiant, l'influence de Rousseau y fut pour beaucoup »⁵³. On ne saurait mettre en doute la forte influence de Rousseau sur Robespierre et sur les révolutionnaires dans leur ensemble⁵⁴. Mais l'objectif premier de Ramon Fernandez est de dénigrer la notion de droits de l'homme et de justifier ainsi la politique collaborationniste de Vichy et ses propres choix politiques. Ni les collaborateurs ni les idéologues de Vichy ne remettent en cause l'influence de Rousseau sur la Révolution française.

Ces images des écrivains des Lumières surgies pendant la période de la Collaboration, celles du fou, du juif, du démocrate, du révolutionnaire, ne sont pas séparables les unes des autres. Pour les collaborateurs et les pétainistes, il y a entre elles une interpénétration qui débute avec les Lumières et la Révolution française qui a fait jaillir leur complicité. Rousseau qui est considéré à la fois comme fou, d'origine protestante, errant dans l'espace européen, démocrate et révolutionnaire ne peut être que juif. C'est le mélange, le métissage et la marge qui déstabilisent l'ordre social, national et racial. Bien que germanophobe, Maurras reste hanté par la pénétration de germes étrangers sémitiques qui détruiraient la culture gréco-latine comme elle détruit la race germanique pour les nazis. Par ailleurs comment classer les philosophes du XVIII^e siècle ? Il y a une volonté d'ôter à l'écrivain toute implication dans la vie politique, sociale et judiciaire, de ne pas mêler les genres entre écriture et engagement. Cette hybridation, cette mixité sont insupportables pour les suppôts du régime nazi obsédés par la pureté de la race.

52 *Ibid*, p. 226.

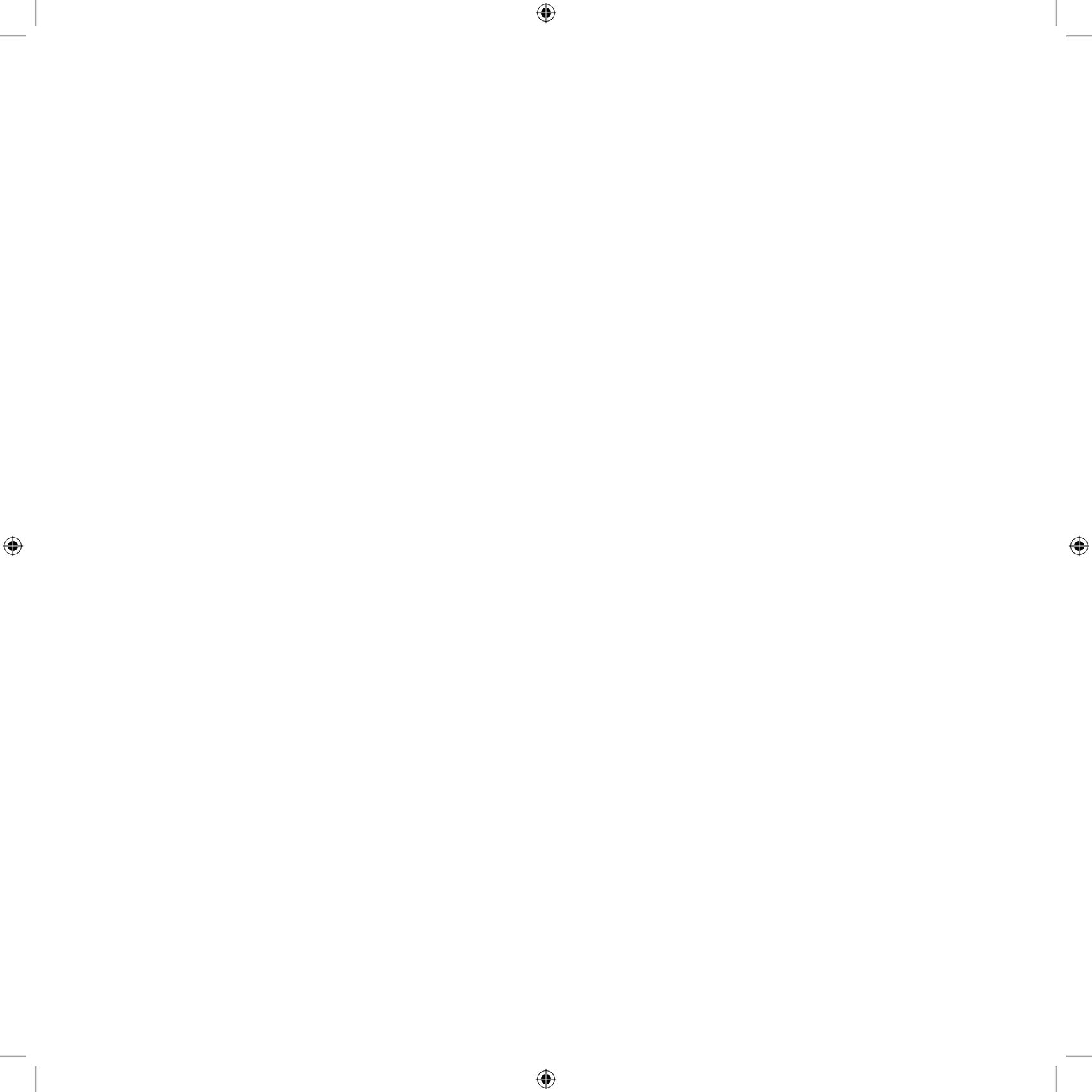
53 *Ibid*, p. 229.

54 Cette question a été largement débattue mais Bernard Groethuysen, dans un article de 1947, a bien montré que ces derniers avaient confondu chez le philosophe la liberté naturelle et la liberté du citoyen : « L'homme est libre en société, non parce que sous une forme ou une autre, il conserve certains droits antérieurs à la société, mais parce qu'en les abandonnant tous, il acquiert la liberté de citoyen. » Voir à ce sujet Michèle Ansart-DOURLEN, « L'utopie politique de Rousseau et le jacobinisme » dans *Le discours utopique*, colloque de Cerisy, UGE, 10/18, 1978, p. 271-278.

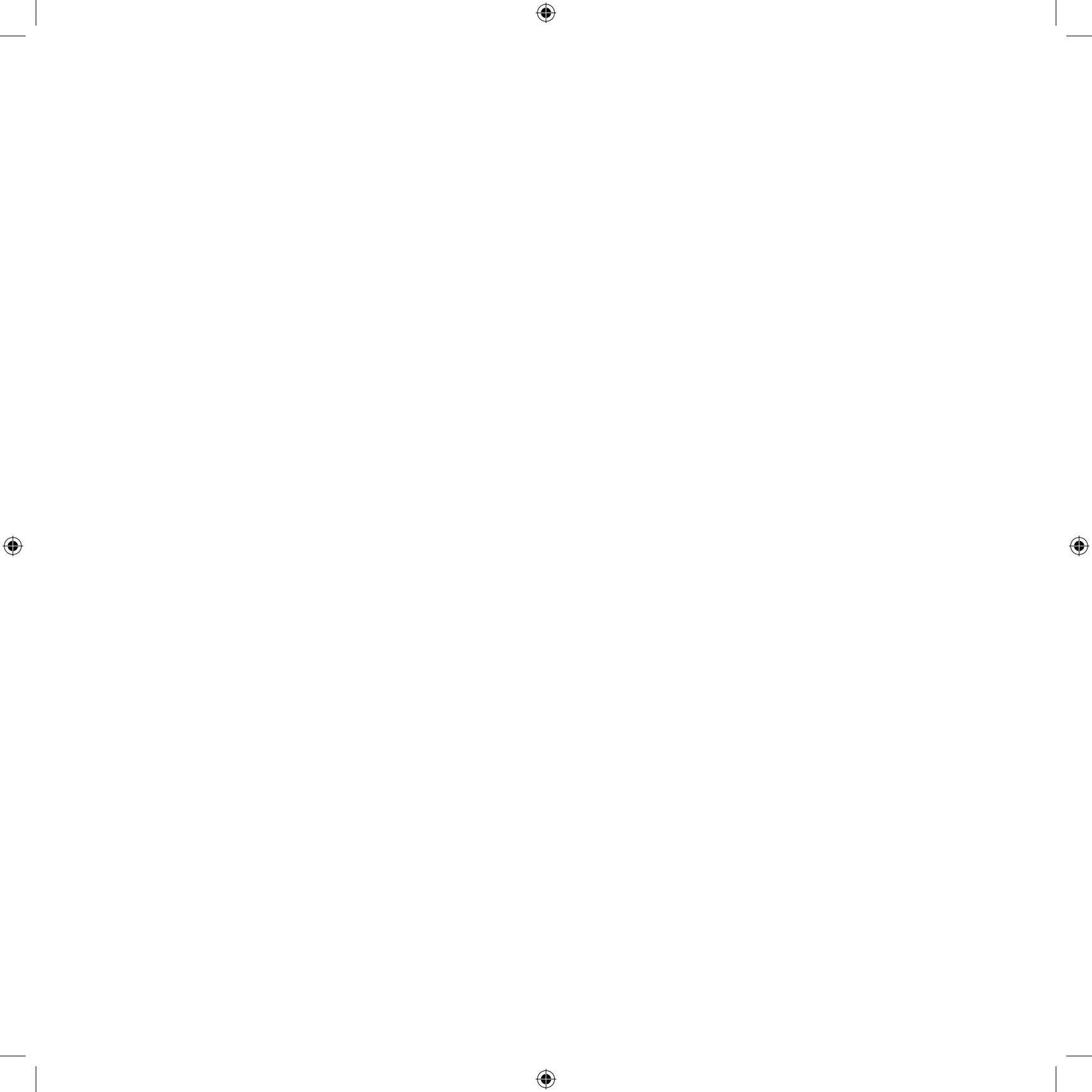


PARTIE 2

PRÉSENCE DE L'ENNEMI



PRÉSENCE NATIONALE



OLIVIER CAHN*

«Voyez ce qui s'est produit aux États-Unis lorsque l'Empire du Mal a disparu et que le grand ennemi soviétique s'est dissous. Les Américains risquaient de perdre leur identité jusqu'à ce que Ben Laden, reconnaissant des bienfaits reçus quand ils l'avaient soutenu contre l'Union soviétique, leur ait tendu une main miséricordieuse et ait fourni à Bush l'occasion de créer un nouvel ennemi, de renforcer le sentiment d'identité nationale et son pouvoir. Avoir un ennemi est important pour se définir une identité, mais aussi pour se confronter à un obstacle, mesurer son système de valeurs et montrer sa bravoure. Par conséquent, au cas où il n'y aurait pas d'ennemi, il faut le construire» U. Eco, *Construire l'ennemi et autres écrits occasionnels*, Grasset, 2014, p. 13

Introduction

Le droit pénal de l'ennemi est, pour la doctrine pénale française, un sujet d'étude récent¹. C'est aussi un

sujet complexe, tant le concept – élaboré par G. Jakobs, un philosophe du droit – outrepassa les cadres d'analyse habituels qu'offre le droit pénal, obligeant qui s'y confronte à ne pas se contenter exclusivement des outils fournis par la science juridique et à nourrir son analyse des apports des autres sciences humaines.

Pourtant, peut-être d'ailleurs à raison de l'attrait pour le chercheur de la nouveauté combinée à la complexité et, plus sûrement, à raison de l'intérêt que suscitent son apparente pertinence et les implications menaçantes pour l'État de droit qu'il induit², il a en peu de temps suscité une littérature substantielle qui permet d'en appréhender la définition.

À la lecture de ces travaux³, il apparaît qu'en substance, le droit pénal de l'ennemi consiste dans une

en 2009, dans un dossier spécial de la Revue de sciences criminelles (cf. *infra*).

2 Cf. Cette revue, *supra*, l'article de D. Linhart et C. Moreau de Bellaing, particulièrement les développements consacrés à l'évolution des propositions de G. Jakobs, du constat d'un état de fait à l'intérieur du dispositif répressif allemand jusqu'au soutien à la consécration d'un droit pénal d'exception juxtaposé au droit pénal ordinaire.

3 Particulièrement: G. JAKOBS, «Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi», *Rev. sc. crim.* 1/2009, dossier «Droit pénal de l'ennemi - Droit pénal de l'inhumain», pp. 7-18; F. MUÑOZ CONDE, «Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi'?', *Rev. sc. crim.* 1/2009, dossier «Droit pénal de l'ennemi - Droit pénal de l'inhumain», pp. 19-29; M. MASSÉ,

* Maître de conférences HDR, Faculté de Droit de Cergy-Pontoise, Responsable du LEJEP-PSC, Chercheur associé au Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales (CESDIP-CNRS).

1 À notre connaissance, les premiers articles spécifiquement consacrés au droit pénal de l'ennemi parus en France ont été publiés

traduction en droit pénal du « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté » de Saint Just. Concrètement, il implique un ensemble de dispositions de droit pénal substantiel et procédural qui supposent :

- une « punissabilité anticipée » consistant dans l'incrimination de comportements qui n'atteignent pas encore un bien juridique identifié ;
- une restriction des droits fondamentaux, et particulièrement des garanties du procès équitable ;
- une sanction draconienne, voire disproportionnée, susceptible d'être appliquée soit *post delictum* (une peine) afin, d'une part, de dissuader ceux qui envisageraient d'adopter le comportement répréhensible et, d'autre part, de neutraliser ceux qui ont perpétré de tels actes de délinquance, soit *ante delictum* afin de prévenir l'expression future d'une dangerosité avérée (une mesure de sûreté) ;

Surtout, ces dérogations au droit pénal commun sont justifiées par la « dépersonnalisation » de l'auteur de l'infraction, perçu comme n'offrant pas la garantie qu'il adoptera dans l'avenir un comportement conforme aux exigences légales⁴.

J.-P. Jean et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009, p. 40 ; P. VARJÃO-CRUZ, *Le « droit pénal de l'ennemi » - Du phénomène au paradigme*, Ed. universitaires européennes, 2011 ; M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, n°39, 2011, n°396-416 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité, Droit pénal de l'ennemi », *Rev. sc. crim.* 1/2010, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », pp. 69-80 ; J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence - Revue critique*, 2012, pp. 149-165 ; J. PRADEL, « Rapport introductif », in J. Pradel et J. Dallest (dir.), *La criminalité organisée - Droit français, droit international et droit comparé*, LexisNexis, 2012, p. 4 ; X. PIN, « chronique de droit pénal allemand », RIDP 2012.

⁴ En cela, le droit pénal de l'ennemi présente des similitudes avec les thèses de la sociologie et de l'anthropologie criminelles développées à la fin du XIX^e siècle (cf. les contributions de

La rupture avec les paradigmes du droit pénal hérités de la rationalité des Lumières se manifeste donc, s'agissant du droit substantiel, tant par la préoccupation pour le criminel plutôt que pour l'infraction qu'il a perpétrée comme élément déterminant de la sévérité de la répression que, s'agissant du droit procédural, par la subordination des principes fondamentaux à des considérations utilitaristes.

Si l'on envisage à présent les critiques formulées par la doctrine pénale française à l'endroit des propositions de G. Jakobs, il est possible, certes avec quelque malice, de relever qu'elles confèrent à ce concept des caractéristiques généralement attribuées au gaz, à savoir :

- *insaisissable*, à raison de l'absence de lien entre les formes de criminalité qu'il rassemble, qui n'ont comme seul point commun que d'avoir suscité à un moment une peur panique sociale et d'avoir en conséquence engendré une législation d'exception ;
 - *nauséabond*, en ce qu'il se fonde sur des prérequis de différenciation au sein de la communauté qui renvoient aux pages sombres de la législation pénale et qu'il renouvelle des dispositions que l'on espérait renvoyées à l'histoire du droit pénal ;
 - *expansif*, en ce que, dès lors qu'il contamine un domaine du dispositif répressif, les dérogations au droit commun s'y multiplient exponentiellement ;
- et

Y. Cartuyvels et de D. Bernard). Cependant, à la contestation de l'humanité du criminel, devenue moralement et juridiquement intolérable, il est substitué une déshumanisation symbolique, permettant d'exclure l'individu non plus de l'humanité mais de la communauté. Reste que la distinction ne trompe guère. Il suffit pour la contester de rappeler que le crime contre l'humanité peut se consommer à l'encontre d'un groupe au sein d'une communauté et de rappeler que le recours à de telles subtilités conceptuelles est une méthode habituelle pour contourner les prohibitions légales (sur ce dernier point, cf. A. BROSSA, *Le corps de l'ennemi - Hyperviolence et démocratie*, La Fabrique, 1998).

- *dangereux*, par les atteintes portées aux droits fondamentaux.

Considérant la pertinence des analyses juridiques développées dans les travaux consacrés jusqu'à présent à la réception du droit pénal de l'ennemi en France, l'opportunité d'y consacrer une nouvelle étude n'est pas immédiatement évidente. Le cahier des charges qui nous a été proposé incitait à propos à l'humilité puisqu'il consistait à vérifier, d'une part, si, outre celles signalées par les auteurs, d'autres applications du droit pénal de l'ennemi pouvaient être identifiées en droit pénal positif et, d'autre part, si d'autres arguments que ceux déjà développés par la doctrine pouvaient être proposés pour contester la théorie de G. Jakobs.

Nous présenterons donc, d'abord, quelques manifestations symptomatiques de la réception du droit pénal de l'ennemi dans le dispositif répressif français que nos prédécesseurs n'ont pas signalées ou qui ont été entérinées depuis que leurs travaux ont été publiés (I) avant de proposer quelques éléments complémentaires pour une discussion de cette théorie (II).

I. Manifestations du droit pénal de l'ennemi en droit positif français

La doctrine a identifié quelques manifestations de cette théorie dans la législation française. Sont ainsi traités en «ennemi»: «le bourreau d'enfant, l'assassin particulièrement abject, le prédateur sexuel, le récidiviste»⁵; et comme expressions du droit pénal de l'ennemi les «nouvelles incriminations relatives aux organisations criminelles et au terrorisme»⁶. Sans toutefois mentionner expressément la théorie de G. Jakobs, d'autres

auteurs relèvent l'«éclatement des systèmes procéduraux en une succession de procédures d'exception applicables à telle ou telle catégorie d'infractions (qui) s'organisent autour du droit pénal spécial et non plus autour du droit pénal général»⁷.

Compléter cette énumération implique de conserver à l'esprit trois difficultés auxquelles expose la matière:

- s'agissant du droit pénal de l'ennemi en ses aspects procéduraux, un auteur souligne qu'«avec l'élargissement progressif des prérogatives de la police, les mesures de contrôle et d'enquête n'ont plus pour objet les seuls suspects mais portent désormais sur la population en général»⁸. Il s'agit d'un premier écueil à éviter: lorsque tout le monde est traité en ennemi, il n'y a plus d'ennemi – la normalisation de l'exception la fait, par définition, disparaître⁹;
- s'agissant du droit pénal de l'ennemi en ses aspects substantiels, un autre auteur relève, à propos de l'association de malfaiteurs en vue d'une entreprise terroriste, que certaines incriminations qui pourraient être identifiées comme satisfaisant à la thèse de G. Jakobs «ne présent[ent] pas un caractère novateur» et «ne particip[ent] pas d'une déconstruction des concepts classiques du droit pénal: elles pourraient être rattachées aux infractions formelles ou, plus certainement

l'exception - Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France), Bruylant, LGDJ, 2007, p. 39.

7 Y. BISIQU, «Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France», in M.-L. Cesoni (dir.), *op. cit.*, p. 348; Dans le même sens, C.-E. JAPIASSÚ, «Quelles procédures pénales d'exception pour quelles infractions dans les droits nationaux», in J.-P. Céré (dir.), *Procédures pénales d'exception et Droits de l'homme*, L'Harmattan, 2011, p. 13.

8 M.-L. CESONI, *op. cit.*, p. 42.

9 G. AGAMBEN, «Comment l'obsession sécuritaire fait muter la démocratie», *Le Monde diplomatique*, janvier 2014.

5 J.-F. DREUILLE, *op. cit.*, p. 159.

6 M.-L. CESONI, «Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux. Introduction générale» in M.-L. Cesoni (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: la normalisation de*

encore, à la notion de délits obstacles¹⁰. En d'autres termes, une partie de la doctrine s'est peut-être laissée emporter en identifiant comme des manifestations du droit pénal de l'ennemi des infractions qui relèvent de catégories juridiques bien connues du droit pénal français. Postulons qu'il faut autre chose qu'une anticipation de la répression sur *l'iter criminis* pour caractériser le droit pénal de l'ennemi : il faut établir l'ambition poursuivie par le 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 ;

- enfin, l'identification des manifestations du droit pénal de l'ennemi dans le droit positif français est compliquée d'autant que, contrairement à ses homologues étasunien ou britannique, le législateur français est pudique : s'il n'hésite pas à multiplier les normes dérogoires applicables à de nombreux types de délinquance, il conteste avec opiniâtreté céder à la tentation de la législation d'exception¹¹.

Ceci étant pris en considération, il semble possible d'identifier des manifestations du droit pénal de l'ennemi consacrées dans la loi (A) et d'en constater dans la pratique (B).

A. Le droit pénal de l'ennemi consacré

Sans originalité, nous distinguerons le droit pénal substantiel de la procédure pénale en nous limitant aux exemples qui nous paraissent les plus significatifs.

10 J.-F. DREUILLE, *op. cit.*, p. 160.

11 Par exemple, en matière de terrorisme : Gouvernement de la République française, *La France face au terrorisme - Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*, La Documentation française, 2006, pp. 117-118.

1. En droit pénal substantiel

Signalons d'abord l'article 222-14-2 du Code pénal, qui incrimine le fait de s'apprêter à participer à une bande violente. Cette disposition constitue assurément une manifestation du droit pénal de l'ennemi en ce que, d'une part, elle punit d'emprisonnement un acte préparatoire qui existe principalement dans l'esprit du policier qui le constate et, d'autre part, elle est vouée à s'appliquer presque exclusivement aux jeunes hommes issus des banlieues des grandes métropoles et aux individus préalablement identifiés comme appartenant à « l'ultra-gauche mouvance anarcho-autonome »¹². A. Darsonville souligne que cette infraction « participe à une mutation du droit pénal répressif en un droit pénal du danger » et que l'on ne parvient pas à identifier quel est le bien juridique qu'elle protège¹³, ce qui confirme l'assignation dans le champ de la théorie de G. Jakobs.

D'autres exemples peuvent être puisés dans la loi du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme¹⁴, qui confirment que l'appétence du législateur pour le droit pénal de l'ennemi ne s'émousse pas avec les changements de majorité.

Ce texte ajoute au Code pénal un article 113-13 qui crée un nouveau cas de compétence extra-territoriale

12 Sur ce point, voir notre article, « La répression des 'Black Blocs', prétexte à la domestication de la rue protestataire », Archives de Politique Criminelle, n°32 *Espace public : surveillance et répression*, 2010, pp. 183-187.

13 A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal », in C.-A. Dubreuil (dir.), *L'Ordre public - Actes du colloque organisé les 15-16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne*, Ed. Cujas, 2013, p. 293.

14 Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, JO du 22 décembre 2012 page 20281 ; cf. N. CATELAN, « Renforcement de la lutte contre le terrorisme - Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme », Rev. sc. crim. 2/ 2013, chronique législative, pp. 417-420.

de la loi pénale française¹⁵ pour la rendre applicable «aux crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme et réprimés par le titre II du livre IV commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français». Plus prosaïquement, le but est de réprimer les individus qui participent à des camps d'entraînement à l'étranger. La répression peut ainsi s'exercer à raison de la dangerosité supposée de la personne et non de l'acte qu'elle accomplit puisqu'il n'est exigé ni que soit démontrée l'intention de commettre en conséquence des infractions terroristes sur le territoire national, ni que les actes accomplis hors dudit territoire aient été incriminés par l'État sur le territoire duquel ils ont été perpétrés. Il est, en effet, fait exception aux conditions de la personnalité active, le texte s'appliquant aux résidents et sans que soient exigées la double incrimination, la plainte de la victime ou la dénonciation des autorités territorialement compétentes. Le précédent d'une exception similaire en matière de tourisme sexuel corrobore, par analogie, l'intégration dans le droit pénal de l'ennemi.

De même, aux termes d'un nouvel article 421-2-4 du code pénal, sont incriminées les démarches de recrutement d'individus afin de participer à une association de malfaiteurs en vue d'une entreprise terroriste, prévue à l'article 421-2-1 du même code. En d'autres termes, le législateur permet de sanctionner l'acte préparatoire à un acte préparatoire, ce qui constitue un exemple topique de «punissabilité anticipée». De surcroît, il punit ce comportement de 10 ans d'emprisonnement et 150 000€ d'amende, «même lorsqu'il n'a pas été suivi d'effet», ce qui peut raisonnablement être considéré comme une «peine draconienne». Poursuivant cette

rupture avec les principes du droit de la responsabilité pénale, la loi n°2014-1353 ajoute au code pénal un article 421-2-6 qui réprime «l'entreprise terroriste individuelle» définie comme «le fait de préparer la commission» de certaines infractions terroristes «dès lors que la préparation de ladite infraction est» accomplie en étant animé par l'élément moral spécifique à cette criminalité et «[...] caractérisée par: 1° Le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui; 2° Et l'un des autres faits matériels suivants: a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes; b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires; c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie; d) Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes». Comme le relève J. Alix, cette disposition marque donc «l'immixtion du droit pénal dans les résolutions criminelles» au point que «la traditionnelle absence de répression des actes préparatoires (devient) complètement obsolète en droit pénal antiterroriste, où elle est au contraire complètement assumée, comme outil de l'efficacité de la prévention pénale du terrorisme»¹⁶. La peine encourue est à nouveau la plus sévère dans l'échelle des délits.

15 T. HERRAN, «La nouvelle compétence française en matière de terrorisme - Réflexions sur l'article 113-13 du Code pénal», *Dr. pénal*, 4/2013, *Études* n°10, pp. 17-19; D. BRACH-THIEL, «Le nouvel article 113-13 du Code pénal: contexte et analyse», *AJ Pénal*, 2/2013, *Pratiques*, pp. 90-93.

16 J. ALIX, «Réprimer la participation au terrorisme», *RSC* 4/2014, p.849

2. En droit pénal procédural¹⁷

La loi n°2012-1432, précitée, prolonge les dispositions temporaires de la loi du 23 janvier 2006 sur l'accès par les services répressifs aux données de connexion et aux fichiers administratifs des « suspects » jusqu'au 31 décembre 2015. Si l'on considère que la LOPPSI 2¹⁸ avait, l'année précédente, considérablement allongé la liste des infractions justifiant le recours à cette procédure¹⁹, la réaction modérée des autorités françaises aux révélations de E. Snowden relatives au dispositif de surveillance développé par la *National Security Agency* étasunienne devient compréhensible.

Signalons aussi l'article 656-1 du code de procédure pénale, lui aussi introduit par la LOPPSI 2, qui garantit l'anonymat des agents « des services de renseignement » (ce qui renvoie implicitement aux procédures antiterroristes ou de contre-subversion) lorsque leur témoignage est « requis au cours d'une procédure judiciaire »²⁰. La seule garantie offerte au mis en cause est qu'« aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations recueillies dans les conditions prévues par le présent

article »²¹. Cependant, combiné au principe de l'intime conviction du magistrat, il en résulte qu'une poussière de preuve et le témoignage d'un anonyme suffisent à permettre la condamnation – ce qui porte aux garanties du procès équitable une atteinte non négligeable.

De surcroît, conformément aux recommandations émises par les parlementaires²², une importante réforme des services de renseignement est actuellement menée. Le 17 juin 2013, M. Valls, alors ministre de l'Intérieur, a annoncé la transformation de la Direction centrale du renseignement intérieur en Direction générale de la sécurité intérieure. L'action de ce service devra particulièrement se concentrer sur le terrorisme islamique, les cyber-menaces et la « prédation du patrimoine industriel »²³. Par ailleurs, dans une circulaire du 21 mars 2014²⁴, le ministre a annoncé le remplacement de la Sous-direction générale de l'information, qui avait succédé en 2008 au Renseignements généraux, par le Service central du renseignement territorial, rattaché à la Direction centrale de la sécurité publique. Ce service est chargé de « centraliser et transmettre sous forme de notes aux autorités gouvernementales et administratives » les renseignements relatifs à « *tous les*

17 Au demeurant, les dispositions présentées ci-après ont vocation à s'appliquer pour l'essentiel à des personnes suspectes et non à des condamnés. Elles ne peuvent donc être justifiées par la rupture du Contrat social par l'individu qui y est soumis puisque, au mieux, celle-ci ne sera confirmée qu'au terme de la procédure.

18 Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, JO du 15 mars 2011 page 4582.

19 M. QUÉMÈNER, « Le terrorisme face au cyberspace - De l'anticipation des risques à la répression », AJ Pénal, 9/2013, Dossier « Lutte contre le terrorisme : nouveaux moyens », pp. 446-451 et D. BÉNICHOU, « Accès à un compte de données personnelles à l'insu de son titulaire : aspects techniques et juridiques », pp. 451-455.

20 Cf. aussi, les articles L861-1 et L861-2 du code de la sécurité intérieure, créés par la loi n°2015-912 (cf. infra).

21 Il est, au demeurant, possible de s'interroger sur la constitutionnalité de cette disposition : cf. Conseil constitutionnel, Décision n°2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*.

22 Rapport d'information n°1022 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mai 2013, et rapport n°1056 fait au nom de la Commission d'enquête sur le fonctionnement des services de renseignement français dans le suivi et la surveillance des mouvements radicaux armés, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mai 2013.

23 C. CORNEVIN, « Valls muscle le renseignement en créant une direction générale », Le Figaro, 17 juin 2013.

24 Non publiée, à notre connaissance.

domaines de la vie traditionnelle, économique et sociale susceptibles d'entraîner des mouvements revendicatifs ou protestataires»²⁵ tels que les «phénomènes violents» ou les «faits de société qui remettent en cause les valeurs républicaines», particulièrement les «dérives sectaires» ou la «contestation politique violente», ce qui «induit [...] des méthodes de recherche opérationnelles» et le «développement du cyber-renseignement»²⁶. En termes à peine voilés, cette institution rappelle celles chargées de la «Haute police», chère à Fouché, mais qui serait en outre dotée de pouvoirs de police judiciaire. Il semble que la lutte contre le seul risque de subversion, appréhendé *lato sensu*, suffise à présent pour justifier qu'il soit porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs²⁷. La loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement²⁸ complète cette réforme en détaillant les prérogatives des services de renseignement. Pour l'essentiel, ce texte ne relève pas du droit pénal de l'ennemi: en autorisant la surveillance de masse, il considère de fait la population comme suspecte dans son ensemble et constitue donc plutôt une manifestation ordinaire de l'Etat de police. Néanmoins, à l'intérieur du dispositif qu'elle institue, le terroriste (préssumé) est soumis à un régime dérogatoire qui, considérant l'ampleur de l'atteinte à la vie privée et à la présomption d'innocence qu'il emporte, relève du droit pénal de l'ennemi: article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure qui prévoit qu'«une personne préalablement identifiée comme présentant une menace» terroriste puisse faire l'objet d'un recueil en temps

réel de ses données de connexion ou les articles 706-25-3 et suivants du code de procédure pénale relatifs au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes, particulièrement l'article 706-25-4 qui prévoit l'inscription d'individus non encore définitivement condamnés ou ayant bénéficié d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou l'article 706-25-7 qui impose aux personnes inscrites dans le fichier une série d'obligations, pour certaines draconiennes.

L'article D276-1 du code de procédure pénale²⁹ autorise à considérer que le droit pénitentiaire n'est pas épargné par la contamination. Tandis que les critères d'inscription au répertoire des «détenus particulièrement signalés» sont théoriquement liés au risque d'évasion ou au comportement particulièrement violent en détention de certaines personnes détenues, l'instruction ministérielle³⁰ visée par cet article prévoit, entre autres, l'inscription des individus «appartenant à la criminalité organisée locale, régionale, nationale ou internationale ou aux mouvances terroristes, appartenance établie par la situation pénale *ou par un signalement des magistrats, de la police ou de la gendarmerie*»³¹. En d'autres termes, le risque d'évasion ou la violence sont présumés à raison du rattachement – éventuellement non encore établi en justice – à certains types de criminalité, qui suffit donc à justifier la soumission de l'individu aux mesures particulièrement drastiques et attentatoires aux droits fondamentaux imposées aux DPS. Enfin, en cette matière aussi, l'élève dépasse parfois le maître. Tandis que G. Jakobs exclut les malades mentaux de la liste des «ennemis», la loi du 25 février 2008 – celle-là même qui a créé la rétention de sûreté – ajoute au code de procédure

25 Nous soulignons.

26 Cité par Le Point. fr, «Par sa réforme du renseignement territorial, le ministre de l'Intérieur entend mettre l'accent sur les «mouvements protestataires et revendicatifs»», 28/03/2014.

27 H. VLAMYŃSK, *Droit de la police*, 2^e éd. Vuibert, coll. Dyna'sup Droit, 2009, p. 17.

28 R. PARIZOT, «Surveiller et prévenir... à quel prix? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement», JCP, G, 2015, Étude.

29 F. FOURMENT, «Les procédures d'exception, le jugement et l'exécution de la peine en France», in J.-P. Céré (dir.), *op. cit.*, p. 190.

30 Circulaire du 15 octobre 2012 relative à l'instruction ministérielle relative au répertoire des détenus particulièrement signalés (DPS) - NOR: JUSD1236970C, point 1.1.1.

31 Nous soulignons.

pénale des articles 706-135 et 706-136 qui permettent au juge d'instruction ou à la juridiction de jugement qui constatent, sur le fondement de l'article 122-1, alinéa 1^{er}, l'irresponsabilité pénale de l'auteur d'un acte pénalement répréhensible, de lui imposer néanmoins des mesures de sûreté.

Outre dans les dispositions législatives, le droit pénal de l'ennemi peut aussi se manifester dans la pratique des autorités publiques.

B. *Le droit pénal de l'ennemi constaté*

La question du droit pénal de l'ennemi constaté – c'est-à-dire celui mis en œuvre par les institutions répressives lorsqu'elles appliquent la législation pénale – est délicate. J.-F. Dreuille a soutenu que la qualité du contrôle juridictionnel exercé sur certains actes de procédure les soustrait à cette qualification³². Or, aussi pertinente que soit *a priori* cette analyse, elle n'emporterait notre adhésion sans réserve que :

- en premier lieu, si la qualité des contrôles exercés par les juges du siège sur la mise en œuvre des procédures dérogatoires susceptibles de relever du droit pénal de l'ennemi n'était pas souvent sujette à caution. Or, l'affaire d'Outreau a montré combien l'appareil judiciaire peut être défaillant lorsqu'il contrôle une procédure diligentée pour des infractions qui ressortissent au droit pénal de l'ennemi; *Human Rights Watch*³³ soulignait en 2010 combien les liens tissés entre les juges d'instruction spécialisés et les services de police et de renseignement en matière de lutte contre le terrorisme rendent superficiel le contrôle exercé

32 *Op. cit.*, p.164 (à propos des procédures dérogatoires en matière de lutte contre la criminalité organisée instaurées par la loi du 9 mars 2004).

33 HRW, « *Sans poser de questions* » - *La coopération en matière de renseignements avec des pays qui torturent*, Rapport, 29 juin 2010, p. 53.

par les premiers sur l'activité des seconds; plus généralement, les propositions 38 et 39 du rapport de la Commission Nadal³⁴ laissent entrevoir en creux les limites manifestes de l'autorité du parquet sur la police judiciaire tandis que P. Le Monnier de Gouville relève les limites du contrôle exercé par les juges des libertés et de la détention³⁵; et - en second lieu, même lorsque le contrôle juridictionnel existe, si le développement de la coercition et des capacités opérationnelles d'ingérence dans la vie privée des mis en cause s'accompagnaient d'un développement équivalent de la protection des garanties fondamentales – en renforçant les mesures de contrôle. Or, cela n'est confirmé ni par les textes, ni par la pratique jurisprudentielle.

De notre point de vue, les dispositions susceptibles de recevoir la qualification de « droit pénal de l'ennemi » dessinent une combinaison d'atteintes sérieuses à la vie privée et un abaissement corrélatif des garanties procédurales que ne corrigent au mieux qu'imparfaitement le contrôle juridictionnel, ce qui renvoie à la définition de G. Jakobs³⁶.

L'étude de la jurisprudence confirme qu'en France, malgré les dispositions des articles 55 et 66 de la Constitution, les juges ne cherchent pas toujours à concilier les intérêts répressifs avec les exigences de la protection des droits fondamentaux dans les domaines

34 Commission de modernisation de l'action publique, *Refonder le ministère public*, Rapport à M^{me} la garde des Sceaux, ministre de la Justice, novembre 2013.

35 P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse de doctorat, Université de Paris II, Panthéon-Assas, 2011.

36 Pour des exemples récents: Crim. 5 mars 2013, AJ Pénal, 9/2013, obs. J.-B. Perrier ou Crim. 23 janvier 2013, Droit pénal, 3/2013, comm. 49.

de la délinquance identifiés comme contaminés par le droit pénal de l'ennemi.

À nouveau, l'exemple de la lutte contre le terrorisme est édifiant. La jurisprudence de la chambre criminelle relative aux mandats d'arrêt européens montre que, si la Haute juridiction a consacré une « clause de protection des droits fondamentaux » comme un motif prétorien de refus d'exécution, cette audace trouve sa limite dans les affaires de terrorisme, y compris lorsqu'il existe des motifs de suspecter une violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³⁷. De même, un rapport de 2010 de l'organisation *Human Rights Watch*³⁸ rappelle l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 17 février 2010³⁹, par laquelle la Haute juridiction a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris⁴⁰ qui avait estimé qu'en utilisant dans une procédure judiciaire des éléments d'interrogatoires de ressortissant français qu'ils avaient menés en qualité d'agents de renseignement au sein du camp de prisonniers de la base militaire étasunienne de Guantanamo, les agents de la Direction de la Surveillance du Territoire avaient porté atteinte aux droits de la défense. Par un arrêt du 3 septembre 2014, la Haute juridiction pénale a confirmé dans la même affaire la dérogation à sa propre jurisprudence en matière de loyauté dans la collecte des preuves, consacrant un régime d'exception, moins protecteur des droits du mis en cause, qui prive le terroriste du bénéfice du droit de

ne pas s'auto-incriminer et, en conséquence, d'une des garanties du procès équitable⁴¹. De surcroît, le même rapport relève que dans les affaires *Daoudi, Beghal et autres* de 2005⁴² et celle dite « *des filières tchéchènes* » de 2007⁴³, des juridictions pénales françaises ont accepté de recevoir à titre de preuves des éléments collectés par les services de renseignements de pays qui pratiquent habituellement la torture⁴⁴.

La mise en œuvre du droit pénal de l'ennemi par les services de police trouve, pour sa part, une illustration dans les techniques de maintien de l'ordre déployées à l'occasion de certaines manifestations sur la voie publique, qui procèdent d'un mélange d'« incapacitation sélective », essentiellement par l'arrestation préventive d'individus à raison de leurs convictions politiques ou de leurs origines sociales (établies ou présumées), de l'utilisation des moyens de la lutte antiterroriste pour identifier ou réprimer les auteurs de troubles et de la militarisation des moyens matériels déployés pour encadrer et circonvenir ces manifestations⁴⁵.

Enfin, puisque G. Jakobs affirme que l'ennemi « n'aurait la possibilité de redevenir citoyen qu'en changeant son comportement », rappelons le prix payé en termes d'années supplémentaires d'emprisonnement

37 Cf. notre article, « La chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle sacrifié la confiance mutuelle aux droits de l'homme? Réflexions sur la jurisprudence afférente à l'article 695-22, 5° du code de procédure pénale », *Droit répressif au pluriel: droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme - Amicorum Liber* en l'honneur de *Renée Koering-Joulin*, Anthémis, coll. *Droit et Justice* n°110, 2014, pp.79-111.

38 Précité.

39 n°09-81736, inédit.

40 CA Paris, 10^e Ch., Sect. A, 24 février 2009, n°08/00786.

41 Cf. notre article « Procès équitable: la chambre criminelle tend à nouveau les verges à la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de Crim. 3 septembre 2014, 11-83598) », *AJ Pénal*, 12/2014, Arrêt du mois, pp.577-581

42 TGI Paris, 10^e Ch., 15 mars 2005, n°0125339022, Ministère Public c/ *Daoudi, Beghal, Bounour* et autres.

43 CA Paris, 22 mai 2007, n°06/05712.

44 Or, cette pratique est évidemment contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et l'on peut raisonnablement penser que les juridictions pénales françaises avaient pu le pressentir avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne le confirme [CEDH, 4^e Sect. 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, req. n°8139/09; CEDH, 2^e sect. 25 septembre 2012, *El Haski c/ Belgique*, req. n°649/08].

45 Notre article précité, 2010, pp.204-214.

par les membres d'Action directe ou George Ibrahim Abdallah, essentiellement pour avoir refusé de se repentir de leurs actes.

De surcroît, il semble que seul un secours très relatif puisse être espéré de la Cour européenne des droits de l'homme en cette matière; la juridiction strasbourgeoise ne semble, en effet, pas totalement préservée de toute corruption par le droit pénal de l'ennemi. Ainsi, P. Wachsmann a montré qu'elle réserve un traitement différencié à certains délinquants, à raison de l'idéologie de l'État qu'ils ont servi, lorsqu'elle interprète les implications de l'article 7 de la Convention; et l'auteur de conclure que «les contempteurs de la Cour européenne auront beau jeu de railler un système qui pratique une opposition amis/ennemis qui est le pendant de celle que prônent, sans l'ombre d'un scrupule, les adversaires du libéralisme»⁴⁶. De même, en matière d'arrestation préventive, sa jurisprudence récente laisse à penser qu'en fonction de l'idéologie à laquelle certains individus adhèrent ou de la nature de la menace qu'ils incarnent, la légalité du traitement qui leur est réservé sera l'objet d'une appréciation différente⁴⁷.

Après avoir exposé quelques manifestations symptomatiques du droit pénal de l'ennemi en droit positif français, il est à présent justifié de tenter d'apporter quelques «éléments complémentaires» pour contester cette théorie.

46 P. WACHSMANN, «L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme peut-il profiter aux scélérats?», in *Amicorum Liber en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, (précité), pp.775-798.

47 Comp. CEDH, 5^e sect., 7 mars 2013, Ostendorf c/ Allemagne, n°15598/08, obs. J.-P. Marguenaud, Rev. sc. crim. 3/2013, chronique internationale, pp.653-656 et CEDH, 5^e sect. 1^{er} décembre 2011, Schwabe et M. G. c/ Allemagne, n°8080/08 et 8577/08.

II. Éléments « complémentaires » pour une discussion

Si J.-L. Halpérin a pu estimer que, «face aux risques d'une dépossession du terrain de la justice pénale par les sciences sociales émergentes», les juristes du XX^e siècle se sont «repli(és) sur le juridisme» et ont renoncé «à défendre des positions théoriques affirmées», laissant «nombre de pénalistes français [...] désarmés par rapport à une accumulation de lois récentes remettant en cause les 'principes' sur lesquels s'est bâtie la doctrine française depuis deux siècles»⁴⁸, il est manifeste que la contestation de la théorie du droit pénal de l'ennemi a quelque peu revigoré la doctrine pénale, qui a largement épuisé les critiques susceptibles d'être adressées, sur le fondement des principes du droit pénal libéral, à la proposition de G. Jakobs.

La réfutation de cette dernière peut cependant être prolongée – parfois à partir de constats ou d'intuitions des auteurs qui nous ont précédé – en contestant certains postulats de G. Jakobs (A) ou en dévoilant les dogmes qui les soutiennent (B).

A. Réfutation des postulats de G. Jakobs

S'agissant des arguments suggérés par la réflexion sur le système pénal français, nous retiendrons que la théorie de G. Jakobs repose sur le postulat erroné de la nouveauté d'une imbrication entre droit pénal «ordinaire» et droit pénal d'exception (1); que le normativisme de l'auteur le conduit à négliger que les normes d'exception peuvent servir aussi à protéger certains délinquants, engendrant ce qu'il faudrait alors appeler un «droit pénal de l'ami» (2) et, enfin, qu'il existe une alternative à la consécration du droit pénal de l'ennemi après que les normes qui le manifestent dans le droit pénal ordinaire ont été identifiées: l'abrogation, au moins de l'essentiel

48 J.-L. HALPÉRIN, «L'originalité de la doctrine pénaliste en France depuis la codification napoléonienne», Arch. phil. droit 53(2010), pp.33-34.

d'entre elles, et le renforcement des droits de la défense, s'agissant des autres, ce qui permettrait, sans manquer à l'obligation de garantir la sécurité qui incombe à l'État ni désarmer la répression, de restaurer le caractère libéral du droit pénal national (3).

1. La tradition française du droit pénal d'exception

Cet argument a été évoqué par d'autres auteurs, mais mérite d'être précisé⁴⁹.

En présentant sa théorie, G. Jakobs suggère avoir mis en évidence un inquiétant phénomène nouveau. Or, la lecture du commentaire de l'article de M. Asholt proposée par X. Pin confirme qu'il n'en est rien et que, au moins depuis la République de Weimar, le droit pénal allemand a intégré, de manière plus ou moins substantielle, des dispositions d'exception destinées à lutter contre les formes de criminalité qui menacent l'État⁵⁰.

Ce qui est vrai outre-Rhin l'est plus encore de ce côté.

Il suffit, pour s'en convaincre de relire l'ouvrage que P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël ont consacré à l'histoire du Code pénal français⁵¹. Selon ces auteurs, dès 1791, le droit pénal national est fondé sur « trois éléments fondamentaux », respectivement « un ordre social cimenté par la surveillance et la prévention pour assurer l'obéissance aux lois ; un fondement du droit de punir issu de la philosophie du contrat social qui fait de l'infracteur l'ennemi de la société en son entier ; une législation pénale assurant la sécurité des citoyens par la définition précise

des incriminations et des peines encourues »⁵² tandis que le décret de police municipale et correctionnelle de la même année « organise une *mise sous surveillance* » de « trois catégories de citoyens » (les « gens sans aveu », les « gens suspects » et les « gens malintentionnés »), qui doivent se faire enregistrer sur un répertoire particulier et encourent des peines plus fortes que les autres citoyens⁵³. Par ailleurs, un arsenal imposant et particulièrement sévère est déployé pour protéger l'État contre ses agresseurs hors et dans les frontières du territoire. Sont à ce titre fulminés « le traître, le comploteur et le révolté contre les biens et les acteurs de la puissance publique »⁵⁴. Entre 1792 et 1795, la Convention adopte un nombre considérable de textes d'exception créant des infractions généralement sanctionnées par la peine de mort⁵⁵.

Lors de la présentation du projet de code pénal napoléonien, en 1801, il est convenu que « tous les comportements (seront) mis sous surveillance en vue de l'édification de ce citoyen moral que l'on se propose d'assurer » et que « deux instruments seront privilégiés pour atteindre un tel but, la dissuasion par l'énoncé de 'peines terribles' et la mise à l'écart suivie, pour les individus réputés dangereux, de la mise sous surveillance »⁵⁶. Cela se traduit par le déploiement d'une « importante législation concernant le vagabondage et la mendicité, à laquelle le texte ajoute la répression des associations de malfaiteurs ; celles-ci [étant] la version civile de la rébellion politique »⁵⁷ tandis que, dans le

52 p. 26 (nous soulignons).

53 p. 73.

54 pp. 79-80.

55 Le plus tristement célèbre, mais aussi le plus significatif au regard de la présente étude, est certainement le décret portant arrestation des gens suspects, du 17 septembre 1793, qui définit ceux-ci comme « ceux qui, soit par leur conduite, soit par leurs relations, soit par leurs propos ou leurs écrits, se sont montrés partisans de la tyrannie ou du fédéralisme, et ennemis de la liberté » (art. 2, 1^o).

56 p. 177.

57 p. 192.

49 J.-F. DREUILLE, *op. cit.*, p. 154 ; E.-R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *Rev. sc. crim.* 1/2009, dossier « Droit pénal de l'ennemi - Droit pénal de l'inhumain », p. 50.

50 X. PIN, *op. cit.*, 2012.

51 P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOËL, *Au nom de l'ordre - Une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989.

texte de 1810, «le droit pénal demeure pensé en premier lieu comme un instrument de défense des institutions publiques et des droits politiques; il vise avant tout à protéger l'État et les instances de fonctionnement politique contre toute une série de menaces potentielles», particulièrement la «rébellion des citoyens»⁵⁸. Notons, s'agissant du crime de rébellion, que «conformément à un vœu exprimé par les tribunaux, le Corps législatif retire *in fine* les élèves et étudiants de la liste des auteurs pour lesquels on prévoit une aggravation de peine» pour la réserver aux ouvriers, vagabonds et détenus – preuve, s'il en était besoin, que le traitement différencié et aggravé réservé à certains délinquants à raison de leur origine sociale ou de leur statut existe dès la codification napoléonienne du droit pénal.

À partir de la fin du XIX^e siècle, l'«ennemi» s'incarne dans le récidiviste; la loi du 27 mai 1885 sur la relégation le soumet à des sanctions drastiques, souvent disproportionnées, et établit une «présomption irréfragable d'incorrigibilité» afin de «débarrasser» le sol de la métropole principalement des petits délinquants et des vagabonds, qualifiés par Gambetta d'«ennemi intérieur»⁵⁹. Les huit lois adoptées depuis 1994 pour combattre ce phénomène – dont l'acmé, en termes de droit pénal de l'ennemi, constitue assurément la loi du 25 février 2008 – ne peuvent donc que difficilement être considérées comme participant d'un mouvement nouveau⁶⁰. Au contraire, A. Garapon et D. Salas relèvent

que «[c]haque époque, à travers ses lois pénales, définit ses monstres, ses ennemis 'adéquats' susceptibles de formuler ses craintes»⁶¹.

Pour sa part, le Code d'instruction criminelle de 1808 consacre, d'une part, les «dispositions de haute police», c'est-à-dire la surveillance des gens sans aveu et des condamnés à des peines afflictives ou au bannissement, prolongeant la surveillance administrative permanente des individus identifiés comme dangereux et, d'autre part, les cours spéciales – qui mêlent juges et officiers et dont les décisions sont insusceptibles de recours –, compétentes pour juger les vagabonds et gens sans aveu, les crimes de rébellion armée ou les assassinats préparés par des attroupements armés⁶². La tradition des juridictions d'exception se perpétuera. Citons, pour ne retenir que les plus récentes, le Haut Tribunal militaire et la Cour militaire de Justice⁶³, la Cour de sûreté de

58 p.194.

59 L. Mucchielli rappelle qu'en 1882, J. Reinach, un proche de Gambetta, avait publié *Les récidivistes*, qualifiant ces derniers d'«ennemi récidiviste»; texte qui influencera Waldeck-Rousseau pour proposer la loi de 1885 (in *Criminologie et lobby sécuritaire - Une controverse française*, La Dispute, 2014, p. 42).

60 Loi du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible; loi du 17 juin 1998 sur la répression des infractions sexuelles; la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité; loi du 13 décembre 2005 sur la récidive des infractions pénales; loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et

des mineurs du 10 août 2007; loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à l'exclusion de la responsabilité pour cause de trouble mental; la loi dite «pénitentiaire» du 24 novembre 2009; loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

61 A. GARAPON et D. SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem - leçons d'Outreau*, Seuil, 2006, p. 13.

62 p.228.

63 Rendus célèbres par l'arrêt CE Ass, 19 octobre 1962 - Canal, Robin et Godot - Rec. Lebon p.552.

l'État⁶⁴ ou les juridictions chargées de réprimer les infractions terroristes⁶⁵.

Aujourd'hui, le livre IV du Code de procédure pénale, pudiquement intitulé « De quelques procédures particulières », contient trente-trois titres qui, pour l'immense majorité d'entre-eux, correspondent à des procédures d'exception applicables à certaines infractions, au point que des auteurs en viennent à s'interroger sur la survivance d'une procédure de droit commun⁶⁶.

La perspective historique contredit donc l'analyse proposée par G. Jakobs en ce qu'elle permet de considérer que la stigmatisation de catégories particulières de délinquants et leur soumission à un traitement procédural draconien et dérogeant aux principes fondamentaux du droit pénal ne sont pas des phénomènes nouveaux mais

que leur émergence est concomitante à l'élaboration du droit pénal moderne.

M. Foucault va plus loin. Il démontre que, « [à] partir du XVIII^e siècle, on voit se formuler l'idée que le crime, ce n'est pas simplement une faute, cette catégorie de fautes qui entraînent un dommage pour autrui, mais que le crime est ce qui nuit à la société, c'est-à-dire que c'est un geste pour lequel l'individu, rompant le pacte social qui le lie aux autres, va entrer en guerre contre sa propre société. Le crime est un acte qui réactive de façon provisoire sans doute, et instantanée la guerre de tous contre tous, c'est-à-dire de l'un contre tous. Le criminel, c'est l'ennemi social et, du coup, la punition ne doit être ni la réparation du dommage causé à autrui, ni non plus le châtimement de la faute, mais une mesure de protection, de contre-guerre que la société va prendre contre ce dernier [...]. D'où cette notion d'une peine qui ne doit pas être mesurée à l'importance de la faute ou du dommage, mais à ce qui est utile pour la société. Il est important pour elle que ses ennemis soient maîtrisés, qu'ils ne se multiplient pas »⁶⁷; en conséquence vont se déployer « toute une série d'institutions qui vont précisément instituer le personnage du criminel comme ennemi social et le définir pratiquement comme tel. [...]. On a aussi toute une série d'effets de savoir qui sont regroupés autour de l'émergence du criminel comme individu 'en rupture avec la société', irréductibles aux lois et aux normes générales ». Il conclut cette leçon en se proposant de faire « l'analyse critique de cette sociologisation du criminel comme ennemi social, sociologisation dont les effets commandent actuellement la pratique pénale », ambition qu'il précise dans la leçon suivante.

64 Aux termes des loi n°63-22 du 15 janvier 1963 modifiant et complétant le code de procédure pénale en vue de la répression des crimes et délits contre la sûreté de l'État et n°63-23 du 15 janvier 1963 fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de sûreté de l'État instituée par l'article 698 CPP, elle disposait d'une compétence nationale pour juger d'infractions principalement contenues au Livre IV du Code pénal, y compris commises par des mineurs âgés d'au moins seize ans révolus. Composée uniquement de magistrats professionnels tous nommés, y compris ceux du siège, en Conseil des ministres, elle disposait de sa propre chambre de contrôle de l'instruction (statuant sans recours) et de ses propres juges d'instruction; le ministère public était assuré par un procureur général et deux avocats généraux. Durant les enquêtes sur les infractions relevant de sa compétence, des saisies préventives pouvaient être opérées, la garde à vue pouvait durer jusqu'à 10 jours, sous le contrôle du ministère public (voire quinze jours si l'état d'urgence était déclaré) et les perquisitions de nuit étaient autorisées. Au procès, les règles d'exclusion de l'avocat des débats étaient assouplies et les décisions prises à la majorité simple des voix.

65 Articles 698-6 et 706-16 et suivants du code de procédure pénale.

66 S. PELLÉ, « Procédures pénales d'exception et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-P. Céré (dir.), *op. cit.*, pp. 36-37.

67 M. FOUCAULT, *La société punitive - Cours au Collège de France. 1972-1973*, EHESS, Gallimard, Seuil, coll. Hautes Études, 2013, pp. 34-38.

Il montre alors – et il est intéressant de le relever⁶⁸ – que « cette ‘apparition’ du criminel comme ennemi social » est consubstantielle aux « premières analyses économiques de la délinquance au XVIII^e siècle » développées par les physiocrates⁶⁹. Analysant plus particulièrement l’élaboration du Code de 1791, il souligne que la question à laquelle se confronte alors le législateur n’est pas de savoir si le criminel est un citoyen ou un ennemi de la société – il postule la seconde interprétation comme un prérequis – mais de savoir quel régime répressif doit lui être appliqué⁷⁰.

Poursuivant son raisonnement, il envisage le dispositif punitif qui va résulter de ce nouveau paradigme résultant de « la théorie pénale du criminel-ennemi social ». Dès lors que la sanction n’est plus destinée qu’à « la défense et la protection de la société » émergent « quatre principes des peines ». Nous retiendrons que « [l]a punition a pour but de désarmer l’ennemi, ce qui peut prendre deux formes : le mettre hors d’état de nuire ou le réintroduire dans le pacte social. [...] Quatrième principe : si la peine doit être protection de la société, elle doit viser à empêcher que ne soient suscités de nouveaux ennemis ; il faut donc qu’elle soit exemplaire et détourne ceux qui pourraient se présenter comme des ennemis »⁷¹. Enfin, revenant sur ce point dans une leçon ultérieure, il met en exergue les moyens procéduraux auxquels il est, dès le début du XIX^e siècle, recouru pour traiter cet ennemi social qu’est le délinquant, qui consistent dans « l’application systématique, [...], pour casser le groupe d’illégalité, de ces moyens que sont le noyautage, l’indicateur, le mouchard. Certes, le mouchard existait au XVII^e siècle et servait essentiellement à surveiller ;

désormais, la bourgeoisie infiltre ses propres agents à l’intérieur des groupes délinquants »⁷².

Ainsi apparaît le caractère sophistiqué du postulat de G. Jakobs : contrairement à ce qu’il affirme, l’appréhension du délinquant comme un « ennemi » n’est pas une exception, elle est consubstantielle au remplacement du dispositif pénal d’Ancien régime par le droit pénal inspiré de la philosophie des Lumières ; de surcroît, immédiatement, un traitement drastique est appliqué à certains délinquants tandis que des procédures attentatoires aux droits fondamentaux qui viennent d’être consacrés sont mises en œuvre pour lutter contre certaines formes de délinquance.

Pourquoi recourir alors à l’argument de la nouveauté lorsqu’une étude sommaire permet de s’apercevoir qu’il ne peut valablement être soutenu ? Certainement parce que la mémoire collective – y compris celle des juristes et probablement aussi celle des sociologues et des politistes – est courte et sélective. Ainsi, en proclamant la nécessité de consacrer le droit pénal de l’ennemi au nom d’une dérive récente du droit pénal ordinaire qu’il aurait identifiée, G. Jakobs recourt sans originalité à la même technique que les « Réalistes »⁷³, qui prétendent avoir découvert de « nouvelles menaces contemporaines » dans le terrorisme et les organisations criminelles pour justifier la soustraction des prérogatives de police aux exigences des principes de nécessité et de proportionnalité et le recours à l’anticipation de la répression et aux mesures de sûreté : il s’agit de susciter un réflexe pavlovien selon lequel un problème nouveau implique, pour être réglé, des solutions nouvelles. Partant, l’éventuel débat sur le fait que les solutions

68 Cf. *infra*, B.1.

69 pp. 46-47.

70 pp. 63-64.

71 pp. 68-69.

72 pp. 151-152.

73 Sur ce mouvement doctrinal, cf. notre article : « Le principe de nécessité en droit pénal - Thèse radicale », in O. Cahn et K. Parrot (dir.), *Actes de la journée d’études radicales, 12 mars 2012 : Le principe de nécessité en droit pénal*, Lextenso, coll. LEJEP, 2013, pp. 28-39 ; cf. aussi L. MUCCHIELLI, *op. cit.*, p. 16 et pp. 115-146.

prônées sont anciennes⁷⁴ et qu'elles ont déjà fait la preuve de leur inefficacité, sinon pour améliorer le contrôle de la population, est esquivé. De surcroît, en prônant la consécration du droit pénal de l'ennemi comme unique moyen de préserver une réponse efficace aux formes de criminalité qui contestent les fondements du Contrat social, G. Jakobs peut concentrer sa démonstration sur la protection des principes abstraits hérités des Lumières et, comme le suggère R. Roth, détourner par là même l'attention de la remise en cause, à laquelle procède le droit pénal d'exception, des dispositifs concrets, protecteurs des droits des suspects et des condamnés, inspirés par la Nouvelle défense sociale et développés à partir des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux élaborés à l'issue de la Seconde guerre mondiale⁷⁵. En d'autres termes, parce qu'ainsi qu'il vient d'être montré, des dispositions dérogoires aux principes du droit pénal libéral ont été consacrées dès l'origine des législations contemporaines, le constat de leur existence en droit positif ne permettrait pas à lui-même de conclure, comme G. Jakobs le fait dans la revue de sciences criminelles, qu'«il est difficile d'imaginer qu'un État pourrait parfaitement se passer d'un droit d'exception comme le droit pénal de l'ennemi»⁷⁶. Il est nécessaire qu'il s'agisse d'un phénomène récent car, s'il est privé de cette dimension, le droit pénal de l'ennemi n'apparaît plus que pour ce qu'il est : un avatar contemporain de l'«anthropologie guerrière» sur la «scène judiciaire»⁷⁷ qui se manifeste depuis 1789 dans toutes les

périodes de crise politique et se caractérise «non [par] l'apparition d'une véritable nouveauté dans les cadres ou même les contenus des raisonnements, mais [par] une radicalisation certaine»⁷⁸. Dépouillée de cet artifice, la seule innovation qui peut être concédée à G. Jakobs est que, en sa qualité de philosophe, il ne pouvait se prévaloir d'un argument biologique pour justifier la stigmatisation de certains délinquants et qu'il fonde en conséquence sa théorie sur la contestation irrémédiable par certains délinquants des règles de la Cité – argument sur lequel il peut prétendre faire autorité.

Outre le postulat de la nouveauté, celui de la sévérité du droit pénal de l'ennemi peut être contesté.

2. *Le droit pénal de l'ami : l'exception comme moyen de protection du délinquant*

Le fonctionnalisme systémique auquel adhère G. Jakobs implique un légicentrisme qui le conduit à ne se référer qu'à la loi pour élaborer sa théorie⁷⁹. Or, et quand bien même en matière pénale les corollaires de la légalité criminelle à l'égard du juge l'excluent théoriquement, le rôle de la jurisprudence – et, plus encore, les contingences déterminantes de la politique criminelle – ne peuvent être négligés⁸⁰. Ainsi, la jurisprudence afférente à certaines

74 Puisqu'elles s'inspirent indéniablement de celles proposées par les Positivistes italiens ou les doctrines anthropologiques à partir de la fin du XIX^e siècle.

75 R. ROTH, «Nouveau droit des sanctions en Suisse: entre l'ami et l'ennemi», *Rev. sc. crim.* 1/2006, chronique de l'exécution des peines, p. 123.

76 G. JAKOBS, *op. cit.*, p. 18.

77 Selon la formule de D. SALAS, *La Justice dévoyée - Critique des utopies sécuritaires*, Éd. des arènes, 2012, p. 16.

78 L. MUCCHIELLI, *op. cit.*, p. 22 et pp. 29-30, où l'auteur cite un article de H. BOËNS, intitulé «La criminalité au point de vue sociologique» et publié dans *La Philosophie positive* n°2 de 1879, p. 77, aux termes duquel «la conception républicaine des droits individuels doit être réservée aux 'bons citoyens' par opposition à ces 'bêtes féroces' dont les 'sciences anatomo-pathologiques' prouvaient qu'ils étaient atteints de 'lésions incurables'»; cf. aussi C. DEBUYST, F. DIGNEFFE et A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, Vol. 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Larquier, coll. Crimen, 2008, pp. 282-403.

79 P. VARJÃO-CRUZ, *op. cit.*, pp. 13 et 17.

80 On sait, depuis les arrêts CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huwig c/ France*, A 176-A et 176-B et CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*, req. n°17862/91, que la jurisprudence contribue légalement à l'édification de l'arsenal répressif.

manifestations du droit pénal de l'ennemi en droit pénal français bouleversent l'ordonnancement théorique proposé par l'auteur.

J.-F. Dreuille⁸¹ et G. Giudicelli-Delage⁸² ont, tous deux, eu l'intuition que la confrontation de la norme à son application par les tribunaux est susceptible de mettre à mal la théorie abstraite de G. Jakobs. Un exemple – celui de la lutte contre la corruption – permet de le démontrer :

- 1) Au nombre des exemples de l'application dissimulée du « droit pénal de l'ennemi » donnés par G. Jakobs figurent les lois de lutte contre la délinquance économique ;
- 2) dans un article consacré à la politique criminelle en matière de lutte contre la pédophilie – il n'est pas contestable que le « violeur d'enfant » peut être compté au nombre des « ennemis » –, C. Lazerges relève que celle-ci procède d'un droit d'exception caractérisé par un « maquis d'incriminations », des règles dérogatoires de procédure qui marquent une « politique criminelle stigmatisante » et « un durcissement très spécial de la répression »⁸³ ; or
- 3) les mêmes constats peuvent être faits à la lecture de la législation relative à la corruption : on trouve une quinzaine d'infractions au livre IV du Code pénal ; un arsenal procédural tant organique que fonctionnel sans équivalent, et qui progresse constamment⁸⁴, est déployé pour la prévenir, la détecter et la combattre tandis que les sanctions

encourues sont très sévères puisqu'elles consistent dans le maximum de l'échelle des délits s'agissant de l'emprisonnement encouru et dans un nombre considérable de peines complémentaires ; mais

- 4) en pratique, la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation au cours des dix années qui viennent de s'écouler fait apparaître que la répression effective de la corruption ne concerne que de petits entrepreneurs et de petits fonctionnaires ou des élus locaux ou en fin de carrière, lorsque les juridictions pénales sont saisies ; ce qui n'est pas le cas dans la majorité des affaires signalées à la police, le ministère public faisant preuve, en cette matière, d'une retenue peu habituelle⁸⁵.

Que faut-il en conclure ?

Selon G. Jakobs, le droit pénal de l'ennemi – droit d'exception – est voué exclusivement à améliorer l'efficacité répressive. Or, l'analyse de la mise en œuvre de la législation relative à la lutte contre la corruption en France montre que le recours aux dispositions d'exception ne s'opère pas toujours au détriment de celui à qui elles sont appliquées et que, loin d'être systématiquement préjudiciable au délinquant, une législation spéciale peut aussi être un moyen d'épargner aux auteurs de certaines infractions les affres de la justice pénale ordinaire. En d'autres termes, au sein des dispositions pénales d'exception co-existent celles qui manifestent un droit pénal de l'ennemi et celles qui constituent le moyen d'un « droit pénal de l'ami », c'est-à-dire un droit pénal qui garantit en pratique une protection renforcée

81 J.-F. DREUILLE, *op. cit.*, p. 158.

82 G. GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 78.

83 C. LAZERGES, « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *Rev. sc. crim.* 3/2010, chronique de politique criminelle, pp. 725-741, pp. 726-727.

84 Une réforme récente crée le procureur de la République financier et accroît encore les moyens procéduraux mis à la disposition des autorités répressives (Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JO du 7 décembre 2013, p. 19941 ; CConst., déc. n° 2013-679 DC du 04 décembre 2013).

85 Cf. notre article, « La politique criminelle de la lutte contre la corruption en France ou la théorie du chapon », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, 2014, pp. 497-514 ; un constat similaire peut, *mutatis mutandis*, être fait s'agissant de la répression appliquée par les autorités françaises aux terroristes séparatistes corses et aux auteurs d'actes de terrorisme ayant d'autres motivations.

au délinquant⁸⁶. Le « droit pénal de l'ami » n'est jamais « consacré » *de jure* – le contenu des droits pénaux « de l'ennemi » et « de l'ami » sont similaires – mais il peut être *de facto* « constaté ».

En conséquence, tout ce que prouvent les constats sur lesquels G. Jakobs fonde sa théorie est que l'exception est le moyen d'un arbitraire – ce qui n'est pas exactement une révélation –, mais en aucune manière qu'elle est systématiquement celui d'une sévérité accrue. Cela prive incidemment, mais nécessairement, l'auteur de l'argument du devoir de protéger les citoyens « ordinaires » des effets de la contamination potentielle du droit pénal qui leur est appliquée par le droit pénal d'exception. La mise en oeuvre de ce dernier à des fins de répression accrue n'intervient en effet que par la soumission arbitraire à une répression draconienne, contrôlée par l'intermédiaire du pouvoir d'opportunité des poursuites du ministère public, de certains délinquants stigmatisés; dispositif qui perdrait tout intérêt politique s'il était généralisé. À nouveau, la question pertinente n'est pas celle suggérée par G. Jakobs : il ne s'agit pas de savoir comment protéger les « citoyens » d'un arsenal répressif qui ne les menace qu'accidentellement, mais de déterminer quels ressorts déterminent l'application distributive par les titulaires du pouvoir répressif des dispositions d'exception, à certains groupes délinquants pour les réprimer plus sévèrement et, à d'autres, pour les soustraire à la rigueur du droit pénal ordinaire. Nous y reviendrons⁸⁷.

Un dernier argument peut être avancé contre les postulats choisis par G. Jakobs.

3. L'existence d'une solution alternative à la consécration du droit pénal de l'ennemi

Concluant son article précité, M. Asholt estime que l'analyse historique « ne saurait légitimer la doctrine du droit pénal de l'ennemi » mais qu'elle « permet seulement de la relativiser et invite les auteurs à repenser la limite absolue du droit pénal, en mettant en balance [...] les exigences d'efficacité répressive avec celles de justice et de dignité humaine ».

C'est un point tout à fait fondamental : il se répand dans la société un discours tendant à présenter les garanties procédurales comme des obstacles à l'action des services répressifs et à remettre en cause l'efficacité protectrice des mesures qui participent du droit pénal libéral. À l'inverse, les dispositions inspirées par la défense sociale ne sont jamais discutées mais toujours présentées comme une évidence. Ainsi, on ne trouve pas d'études sérieuses sur l'impact réel des mesures attentatoires aux droits fondamentaux de l'individu qui permettent de confirmer que la plus-value qu'elles apportent en termes de détection des criminels, de collecte des preuves ou d'amélioration de la sécurité, justifie le sacrifice des libertés qui en résulte⁸⁸. Or, la facilitation du travail de la police n'est pas une justification suffisante lorsqu'elle affecte l'équilibre du dispositif répressif.

Certes, l'efficacité de l'anticipation de la répression ou des dispositifs de contrôle social est difficile à quantifier mais, outre que cela n'est probablement pas impossible, une telle démarche devrait s'imposer chaque fois qu'est établi le détournement de la législation d'exception de

86 À nouveau, la lecture de M. Foucault (*op. cit.*, 2013, pp. 149-152) montre qu'il s'agit d'un phénomène ancien, qui s'est développé concomitamment à l'instauration du dispositif pénal contemporain.

87 Cf. *infra*, II. B. 2.

88 Ainsi, alors même que, sous l'influence de l'adhésion des pouvoirs publics aux conceptions managériales, l'évaluation gangrène progressivement toute l'activité administrative, l'efficacité du contrôle d'identité comme moyen de prévenir la commission d'infractions ou de la législation antiterroriste comme moyen de prévenir des attentats n'a, à notre connaissance, jamais été scientifiquement vérifiée.

l'objectif pour lequel elle a été adoptée⁸⁹. Il est à craindre que l'explication ne soit plutôt à rechercher dans la partie « reptilienne benthamienne » de notre cerveau : même si les travaux criminologiques ne le confirment pas, nous avons en tant que corps social des difficultés à nous départir de l'idée que l'efficacité de la lutte contre la criminalité est d'abord fonction du niveau de sévérité des mesures appliquées.

À ce stade, le point de vue de G. Jakobs doit être approuvé : une législation pénale d'exception s'est développée en marge de l'ordre juridique ordinaire et il n'est pas nécessairement sain pour la démocratie, d'une part, que prospère ainsi une législation spéciale qui est mal reconnue, mal encadrée et mal contrôlée, et, d'autre part, que le législateur puisse continuer de revêtir des oripeaux de l'État de droit les expressions d'un État de police.

Est-ce à dire pour autant que la seule solution est de consacrer cette législation d'exception comme un *corpus* autonome à côté du droit pénal « du citoyen » ? Nous ne le pensons pas et estimons, au contraire, qu'en n'envisageant que cette seule solution, G. Jakobs expose à nouveau un de ses postulats à la critique, au point qu'il devient possible de contester le caractère scientifique de sa démarche.

Une autre solution, articulée autour d'un raisonnement en deux temps, s'avère en effet logiquement plus satisfaisante et juridiquement plus conforme aux exigences des principes qui gouvernent le droit pénal.

En premier lieu, après avoir identifié les manifestations du « droit pénal de l'ennemi » dans l'arsenal répressif, il faudrait procéder à leur évaluation au regard des exigences du principe de nécessité en droit pénal. Il est vraisemblable qu'un nombre important d'infractions

qui permettent d'anticiper la répression et d'actes de procédure attentatoires aux garanties fondamentales ne résisteraient pas à cet examen⁹⁰. Cela permettrait de purger le dispositif pénal de certaines manifestations du droit pénal de l'ennemi qu'il intègre pour restaurer un droit pénal plus conforme à la conception libérale du Contrat social et aux exigences de l'État de droit – ce, sans nécessairement qu'il en résulte un affaiblissement substantiel du niveau de sécurité collectif. Une intuition soutient cette analyse : l'introduction de la plupart de ces mesures n'ayant pas eu d'effet significatif sur la criminalité, leur disparition n'entraînerait pas de graves conséquences sur la sécurité.

Reste qu'il subsistera nécessairement des manifestations du droit pénal de l'ennemi qui auront fait la preuve de leur efficacité⁹¹. Une autre question est alors suggérée par la lecture des travaux de D. Monjardet⁹² : la police renonce-t-elle à agir lorsqu'elle ne dispose pas des moyens légaux – procéduraux ou substantiels – de le faire ? La réponse est souvent négative. La question se prolonge alors : l'introduction des dispositions, particulièrement procédurales, du droit pénal de l'ennemi dans la législation pénale a-t-elle constitué une innovation pour les services répressifs ? La réponse est plus complexe : ces réformes n'ont pas réellement doté les services de police de nouveaux moyens puisqu'en

89 Cela aurait, par exemple, dû être le cas après la publication de l'étude réalisée par I. GORIS, F. JOBARD et R. LÉVY, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, Open Society Institute, 2009.

90 Citons, par exemple, les infractions qui procèdent d'une volonté de mettre à la disposition de la police, dans ses missions de police administrative, les moyens de la police judiciaire pour lui permettre de se ré-appropriier les « zones de non-droit » (D. SALAS, *op. cit.*, pp. 38-39) ou d'anticiper la répression contre les auteurs de troubles potentiels qu'elle a identifiée ; ou, en procédure, les contrôles administratifs d'identité ou les perquisitions de nuit et la garde à vue de quatre jours pour certaines infractions contenues dans la liste de l'article 706-73 du code de procédure pénale.

91 Par exemple, les écoutes téléphoniques ou le délit d'association de malfaiteurs.

92 D. MONJARDET, *Ce que fait la police - Sociologie de la force publique*, La Découverte, 1996.

pratique, ils recouraient à ces méthodes avant qu'elles ne soient légalisées; en revanche, la consécration législative permet d'utiliser en justice le résultat produit par le recours à de tels actes d'investigation – ce qui facilite l'action de la police et la rend d'autant plus efficace. Une proposition alternative à celle de G. Jakobs peut alors être formulée, qui semble plus logique que la sienne.

Ainsi, en second lieu, si certaines incriminations et certains moyens procéduraux, qui portent fortement atteinte aux droits fondamentaux, sont efficaces pour améliorer la sécurité collective, à présent qu'ils ont été légalisés – c'est-à-dire que leur mise en œuvre est devenue vérifiable –, il conviendrait de porter la protection des droits fondamentaux des personnes qui y sont soumis à un niveau équivalent. En d'autres termes, à un moyen particulièrement coercitif devrait correspondre une définition stricte de son domaine d'application, un encadrement juridictionnel renforcé, des causes automatiques de nullités de la procédure et, surtout, des sanctions effectives contre l'agent ou le magistrat qui aura abusé du pouvoir qui lui a ainsi été conféré. Ce qui doit être exposé à la critique est probablement plus l'insuffisance des garanties qui accompagnent la mise en œuvre de certaines manifestations du « droit pénal de l'ennemi » que leur existence même⁹³.

Mais en plaçant ses propositions sous le sceau du « *There Is No Alternative* », G. Jakobs signe implicitement son adhésion à une idéologie, alors même qu'il prétend

n'être gouverné que par l'objectivité scientifique; idéologie qui peut, à présent, être critiquée.

B. Critiques de l'idéologie qui sous-tend les propositions de G. Jakobs

Lorsqu'au milieu des années 1980, G. Jakobs fait le constat d'une scission au sein du droit pénal entre « le droit pénal du citoyen » et le « droit pénal de l'ennemi » et relève que le second se manifeste par une restriction du bénéfice des principes fondamentaux du droit pénal, substantiel et procédural, au détriment de catégories de délinquants considérés comme ayant, à raison de leurs actes, rompu le Contrat social, il peut légitimement prétendre que sa démarche satisfait aux exigences de l'objectivité scientifique. En revanche, lorsqu'au début des années 2000, il professe qu'il n'existe pas d'alternative à l'adhésion à sa théorie et, plus encore, que les États ne sauraient plus se passer d'un *corpus* répressif d'exception, dégagé des contraintes des principes fondamentaux du droit pénal et destiné spécifiquement au traitement des formes de délinquance incompatibles avec le Contrat social, sa démarche n'est plus scientifique mais devient nécessairement politique, en ce qu'elle propose une nouvelle organisation de la Cité. Or, cette démarche politique participe d'une idéologie qu'en l'espèce, il n'est guère difficile d'identifier – tant la théorie du droit pénal de l'ennemi intègre les dogmes constitutifs de cette pensée –, l'idéologie néolibérale et plus précisément sa composante « autoritaire ».

Après avoir mis en évidence les liens qui relient la théorie de G. Jakobs à l'idéologie néolibérale-autoritaire (1), nous montrerons qu'elle implique la mise en œuvre d'un état d'exception permanent (2), corollaire en droit pénal national de l'adhésion à la théorie de la globalisation de la sécurité (3).

93 Cf. par exemple, Crim. 1^{er} avril 1998, BC 124 et Crim. 30 avril 1998, BC 147: consacrant la validité de procédures d'infiltration menées sans l'autorisation régulière d'un magistrat ou les condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en conséquence de la jurisprudence particulièrement peu exigeante de la Haute juridiction s'agissant de la régularité des écoutes téléphoniques; cf. F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 13^e éd. Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2013, p. 1465 et pp. 1482-1483.

1. *Le droit pénal de l'ennemi, manifestation du néolibéralisme « autoritaire »*

Les dogmes qui régissent la « gouvernementalité »⁹⁴ néolibérale « autoritaire » ont été mis en évidence par A. Garapon dans son ouvrage *La raison du moindre État*⁹⁵. Poursuivant sa réflexion sur la « réorganisation de toutes [les] valeurs [des sociétés démocratiques] autour de l'idée de risque »⁹⁶, l'auteur précise que, si « [o]n oppose souvent la sécurité d'un côté et les libertés de l'autre, [...] cette présentation est trompeuse car elle manque une dimension centrale du néolibéralisme qui n'est pas une négation de la liberté mais plutôt sa redéfinition, pas un mépris pour les droits de l'homme mais le choix d'une certaine manière de les interpréter [qui promeut] les droits de l'homme 'épée' au détriment des droits de l'homme 'bouclier' »⁹⁷. Il met alors en garde contre la critique erronée qui consisterait, de manière simpliste, à assimiler le néolibéralisme « autoritaire » à une forme de « totalitarisme »⁹⁸ pour conclure que « [c]e modèle doit [...] s'interpréter non comme une régression conservatrice mais comme une *radicalisation* de l'idée moderne. Radicale parce qu'elle privilégie l'individu au détriment du collectif. [...] Une conception utilitariste des droits de l'homme y est promue aux dépens de la conception classique qui garantit des droits fondamentaux à chacun ; une vision instrumentale de la justice marginalise voire disqualifie la dimension symbolique et délibérative »⁹⁹. Ainsi, le néolibéralisme est « un projet certes moderne, mais sans démocratie, [qui] propose d'habiter le même

territoire sans faire monde commun » et repose « sur la capacité calculante d'un individu qui ne cherche plus que son bonheur privé »¹⁰⁰. Il en conclut que « cette dissociation de la modernité et de la démocratie dessine un individu qui aurait oublié l'homme, elle repose sur une liberté individuelle qui aurait oublié celle des autres, sur une politique qui croit pouvoir se libérer de toute délibération, sur un droit qui n'inquiéterait pas l'ordre établi par ses principes fondamentaux »¹⁰¹.

Ainsi, les différentes propositions qui constituent la théorie du droit pénal de l'ennemi ne sont que la traduction en termes de protection de l'ordre public et de répression de préceptes de la pensée juridique néolibérale ; surtout, la « dépersonnalisation », prérequis de la théorie de G. Jakobs réprouvé par la doctrine pénale française, prend un sens lorsqu'il est envisagé au travers du prisme néolibéral « autoritaire ». En effet :

- la « punissabilité anticipée » et la restriction apportée aux droits fondamentaux constituent les traductions en droit pénal du paradigme de prévention de la réalisation du risque qui doit régir l'ordre juridique¹⁰² ;
- la sévérité des sanctions manifeste à la fois la prééminence de l'utilitarisme justifiée par la conviction du prétendu choix rationnel opéré par le délinquant et l'autoritarisme comme « masse de manœuvre » que l'État insouverain se donne pour manifester son pouvoir de police, dernier

94 Selon le terme proposé par M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, Population - Cours au Collège de France. 1977-1978*, Gallimard, Seuil, coll. Hautes Études, 2004, p. 362.

95 A. GARAPON, *La raison du moindre État - Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010.

96 A. GARAPON et D. SALAS, *op. cit.*, pp. 86-89.

97 A. GARAPON, *op. cit.*, pp. 94-95.

98 p. 223.

99 pp. 235-236.

100 pp. 243-244.

101 pp. 246-247.

102 U. BECK, *Risk Society: Towards a New Modernity*, SAGE Publications Ltd (in association with Theory, Culture & Society (Book 17)), 1992 ; D. GARLAND, *The Culture of Control - Crime and Social Order in Contemporary Society*, 2^e éd, Oxford University Press, 2011, pp. 193-201.

refuge régaliens, dernier reflet de la souveraineté perdue»¹⁰³ ;
 - enfin, la «dépersonnalisation» de l'auteur de l'infraction trahit une conception strictement individualiste des droits fondamentaux. Pour l'admettre, il faut, à titre liminaire, accepter la transformation de la nature fondamentale du Contrat social d'un ensemble de lois qui régissent une société vers un dispositif de relations contractuelles entre les individus qui composent un corps social¹⁰⁴. Ainsi, la société, au sens consacré par les Lumières, disparaît – ce qui est un postulat habituel du néolibéralisme¹⁰⁵ – et, avec elle, la volonté générale ; entraînant en conséquence la caducité des droits «provenant de notre appartenance au genre humain – les droits de l'homme, mais aussi (et surtout) de droits et devoirs issus de notre appartenance à une société particulière»¹⁰⁶. Dans cette conception, il n'existe pas de normes supérieures issues du Contrat social dont l'autorité s'impose sur les normes inférieures qui régissent le fonctionnement de la société mais un ensemble de relations contractuelles entre individus, dotés de volontés autonomes, qui co-existent. Ainsi, la privation du bénéfice des droits fondamentaux – la possibilité de rejeter le criminel hors du Contrat social – apparaît comme une résolution unilatérale du contrat de société imposée à l'individu qui a manqué à ses

obligations envers les autres parties tandis que l'État voit son rôle redéfini et réduit à sanctionner autoritairement le manquement – le modèle répressif néolibéral maintenant la prohibition du droit de justice privée.

Ainsi envisagée, l'aporie de la théorie du droit pénal de l'ennemi proposée par G. Jakobs consiste à prétendre se fonder sur la nécessité de préserver le Contrat social au bénéfice des seuls citoyens, alors même que ce Contrat social, au sens communément admis, n'existe pas dans le *corpus* idéologique auquel cette doctrine se rattache. La notion de Contrat social n'est invoquée que pour justifier sa suspension et cette suspension n'est possible que parce que le contenu de la notion est redéfini – ce qui est un autre trait caractéristique du néolibéralisme¹⁰⁷. À ce propos, la virulence des réactions qu'a suscitées la théorie de G. Jakobs trouve peut-être aussi dans ce constat une part de sa justification. Le droit pénal «néolibéral» souffre d'une carence originelle : le système d'organisation du monde proposé par le néolibéralisme ne peut se maintenir que par le contrôle des populations, qui implique le recours au droit pénal¹⁰⁸. Or, si le néolibéralisme a su trouver, en matière économique et politique, des théoriciens brillants pour le soutenir, il est majoritairement contesté par la doctrine pénale, juridique et sociologique. Prétendant n'être pas fondé sur une idéologie, il est donc confronté à un *hiatus*, d'autant que la communauté scientifique résiste à la méthode de l'argument d'autorité qui a permis d'imposer l'adhésion à l'absence d'alternative à son modèle dans les médias, les cercles politiques et, pour une large mesure, la population. Ses thuriféraires sont donc en quête permanente d'une caution scientifique¹⁰⁹. En pratique, cette caution lui

103 C. SALMON, «L'affaire Taubira ou la rencontre de l'impensé colonial et du néolibéralisme», *Médiapart*, 24 novembre 2013.

104 Sur la distinction entre la constitution de liens sociaux par le contrat ou par la loi, cf. A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Le Seuil, 2005, pp. 9-11.

105 M. Thatcher avait ainsi coutume d'affirmer que «la société n'existe pas».

106 T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, Robert Laffont, 2012, p. 145.

107 D. SALAS, *op. cit.*, pp. 10-11 et 52-53.

108 Comme l'a rappelé L. Wacquant, *Punir les pauvres - Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Agone, 2004

109 Comme en témoignent, par exemple, les tentatives de «phishing» de l'Institut pour la Justice au sein des facultés de droit

est essentiellement procurée par des « experts » auto-proclamés, dont les travaux sont financés par des agents économiques intervenant dans le domaine « sécuritaire » *lato sensu*, mais dont la valeur scientifique n'est pas reconnue par ceux dont ils se prétendent les pairs. Or, G. Jakobs doit être compté au nombre des quelques auteurs qui disposaient d'une reconnaissance scientifique avant de s'engager au soutien des thèses néolibérales - ce qui le rend précieux, ou inquiétant, selon que l'on adhère ou non aux thèses néolibérales « autoritaires ».

Tentons à présent d'envisager ce que l'idéologie néolibérale « autoritaire », qui sous-tend la doctrine du droit pénal de l'ennemi, implique.

2. La création d'un état d'exception permanent

Certains auteurs ont critiqué la théorie de G. Jakobs en relevant que la notion d'« ennemi » est indéfinissable, et donc peu compatible avec les exigences de la légalité criminelle. P. Desproges l'avait déjà constaté : « l'ennemi est bête : il croit que c'est nous l'ennemi, alors que c'est lui ! J'en ris encore ! »¹¹⁰.

Pour séduisant qu'il soit *a priori*, il n'est pas certain que cet argument soit exact. Si l'on reprend les catégories de délinquants identifiés comme ressortissant au droit pénal de l'ennemi, on constate qu'ils correspondent à la somme des peurs de l'État¹¹¹, des citoyens¹¹² ou des deux¹¹³. L'ennemi est donc celui qui suscite une angoisse collective (ir)rationnelle, l'incarnation du « monstre »¹¹⁴.

110 P. DESPROGES, « Les bonnes manières à la guerre », in *Tout Desproges, Manuel de savoir-vivre à l'usage des rustres et des malpolis*, Seuil, 2008, p. 11.

111 Par exemple, les activistes de l'ultra-gauche mouvance anarcho-autonome.

112 Par exemple, les délinquants sexuels, les jeunes hommes issus de l'immigration qui se réunissent en bande ou les personnes atteintes de troubles mentaux.

113 Par exemple, les terroristes ou les récidivistes.

114 Au sens où le définit M. FOUCAULT, *Les Anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975*, Gallimard-Le Seuil, coll. Hautes

Or, cela nous ramène à un phénomène bien identifié par la criminologie, qui consiste à créer une panique morale par la mise en exergue de démons populaires¹¹⁵ combinée au maintien par l'État des populations fragilisées dans un niveau d'anxiété qui permet de justifier, à leurs yeux, le développement du contrôle social exercés à leur rencontre¹¹⁶. En d'autres termes, l'attention de l'opinion est captée par les pouvoirs publics en la dirigeant vers un stéréotype unanimement accepté du trouble à l'ordre public afin, d'une part, de la détourner des difficultés, particulièrement économiques, auxquelles elle est confrontée et de légitimer le renforcement des moyens préventifs dévolus aux services de sécurité et, plus généralement, à l'arsenal pénal¹¹⁷ – mode de gouvernement que P. Virilio qualifie d'« administration de la peur »¹¹⁸.

Ces phénomènes se développent dans les périodes de crise, c'est-à-dire des périodes durant lesquelles, selon M. Dobry, ce n'est plus une « politique » qui organise les relations sociales, mais des « coups réciproques »¹¹⁹. Si l'on admet que nous sommes bien dans une période de crise, non seulement économique mais plus largement politique, les manifestations du droit pénal de l'ennemi identifiées

études, pp. 51-100; cf. aussi D. SALAS, *op. cit.*, p. 14; A. Garapon et D. SALAS, *op. cit.*, p. 15.

115 S. COHEN, *Folks Devils and Moral Panics - The Creation of the Mods and Rockers*, 3rd ed., Routledge, 2002.

116 J. REIMAN, *The Rich get Richer and the Poor get Prison*, Allyn and Bacon, 1998.

117 S. HALL, C. CRITCHER, T. JEFFERSON, J. CLARKE and B. ROBERTS, *Policing the crisis*, Mac Millan, 1978.

118 P. VIRILIO, *L'administration de la peur*, Textuel, coll. Conversations pour demain, 2010, p. 16; cf. aussi J. SIMON, *Governing through Crime. How the War on Crime transformed American Democracy and created a Culture of Fear*, Oxford University Press, 2007.

119 M. DOBRY, *Sociologie des crises politiques - La dynamique des mobilisations multisectorielles*, 3^e éd., 2009, Presses de Sciences Po; cf. aussi A. Garapon et D. SALAS, *op. cit.*, p. 9.

par G. Jakobs prennent une autre signification, qu'éclaire M.-L. Basilien-Gainche¹²⁰ lorsqu'elle expose que :

- dans « la logique des états d'exception, la contrainte n'a plus pour fonction d'assurer l'exécution de la norme ; elle a pour objet de garantir la survie de l'État. La force ne se soumet plus aux règles qui limitent les conditions de son utilisation ; elle s'émancipe désormais du respect de ces lois afin de surmonter les crises »¹²¹ ; et que

- « Faute du soutien d'un nombre suffisant de citoyens [...], la toute-puissance du souverain ne peut donc plus s'affirmer que par sa capacité dissuasive attachée à sa fonction coercitive : elle doit employer sa force et sa violence, éventuellement de manière fréquente et constante, pour affronter et juguler les atteintes portées à l'autorité politique et à l'unité sociale. L'État se voit donc contraint d'user de sa force pour combattre et anéantir un ennemi qui n'est pas extérieur mais intérieur »¹²².

En d'autres termes, dans la période de crise que nous traversons, l'État procède à la désignation de cibles symboliques successives qui lui permettent à la fois de susciter artificiellement le réflexe de cohésion que provoque sur le corps social la délinquance¹²³ et de démontrer à l'ensemble des individus l'ampleur de sa capacité à les contraindre par le contrôle et la punition.

La critique peut alors être réorientée : ce que propose G. Jakobs consisterait à graver dans le marbre de la légalité ce qui n'est que l'expression d'un état de crise. Ce faisant, la consécration du droit pénal de l'ennemi entraînerait – par un effet d'échelle de perroquet et parce que la législation pénale n'a qu'un rôle marginal

sur l'état de la délinquance – la possibilité de déployer de nouvelles exceptions pour combattre les formes les plus sérieuses de délinquance qui ne disparaîtront pas par la magie d'avoir consacré un dispositif pénal spécifique destiné à les réprimer¹²⁴. Cette proposition est donc intellectuellement contestable et politiquement dangereuse puisque l'expansion que G. Jakobs prétend canaliser trouverait dans la « codification » qu'il propose le moyen de se normaliser et, donc, de se pérenniser. De surcroît, elle permettrait à l'État d'accroître substantiellement le contrôle pénal de la population et, ce faisant, de renforcer les moyens de domestication du corps social.

3. Incidence de l'adhésion à la théorie de la globalisation de la sécurité

Inspirée par les « faucons » néo-conservateurs étasuniens¹²⁵, la théorie de la globalisation de la sécurité est approuvée par certains auteurs français¹²⁶,

120 M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *État de droit et états d'exception - Une conception de l'État*, PUF, coll. Fondements de la politique, 2013.

121 p. 29.

122 p. 207.

123 P. VIRILIO, *op. cit.*, p. 55.

124 À titre d'exemple, le législateur a récemment - contre la décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim. 22 octobre 2013, n°13-81945 et n°13-81949) et les réticences bien connues de la Cour européenne des droits de l'homme - légalisé la mise en œuvre de mesure de géolocalisation autorisées par le procureur de la République (articles 230-32 à 230-42 du code de procédure pénale, introduits par la loi n°2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, JO du 29 mars 2014, p. 6123) ; cf. aussi Conseil constitutionnel, Décision n°2014-693 DC du 25 mars 2014, Loi relative à la géolocalisation et Cloé FONTEIX, « Le régime juridique de la géolocalisation à l'épreuve des exigences constitutionnelles », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 09 mai 2014, consulté le 09 mai 2014). La liste des infractions qui permettent qu'il soit recouru à cette méthode dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction témoigne de l'expansion du domaine de l'exception attentatoire au droit à la vie privée.

125 L. MUCCHIELLI, *op. cit.*, p. 11, 16-17 et 171-176.

126 *Ibid.*, pp. 9-10 et 157 ; cf. aussi M. RIGOUSTE, *Les marchands de peur - La bande à Bauer et l'idéologie sécuritaire*, Libertalia, 2011.

explicitement¹²⁷ ou implicitement¹²⁸, et a reçu l'onction de l'unanimité des chefs d'État et de gouvernements de l'Union européenne à l'occasion du Conseil européen de décembre 2003, lorsqu'ils ont approuvé le document «A secure Europe in a better World - European Security Strategy». Élaborée après l'effondrement du bloc soviétique et réassignée après les attentats du 11 septembre 2001, elle postule la disparition de la distinction entre sécurité intérieure, confiée à des autorités civiles, et sécurité extérieure, relevant de la compétence militaire, pour considérer que les États sont à présent confrontés à de «nouvelles menaces», asymétriques, qui imposent de redéfinir leurs dispositifs de sécurité en intégrant les appareils policier, judiciaire et militaire, les missions qui leur sont dévolues et les prérogatives qui leur sont octroyées¹²⁹. La théorie de la globalisation exacerbe

donc l'«ambivalence des doctrines pénales modernes», identifiée par J.-C. Halpérin¹³⁰ en fusionnant sécurité intérieure et extérieure.

Or, le droit pénal de l'ennemi constitue assurément une des expressions scientifiques de la théorie de la globalisation de la sécurité: en premier lieu, à la crainte suscitée par le vagabond lors de l'élaboration du premier Code pénal, par la foule criminelle et le récidiviste après la Commune de Paris, par le délinquant sexuel après l'affaire Dutroux, s'aggrave aujourd'hui, par l'effet de la mondialisation, le terroriste international; en second lieu, la théorie de G. Jakobs peut aussi être interprétée comme la manifestation archétypique de la circulation des concepts entre le droit militaire et le droit pénal.

En effet, selon P.-W. Kahn: «Depuis le début du XX^e siècle, les juristes rêvent d'un monde où la notion de criminel remplacerait celle d'ennemi: la guerre deviendrait illicite, les relations internationales se judiciaireseraient»¹³¹. Le droit international pénal et la jurisprudence des juridictions pénales internationales regorgent d'exemples qui illustrent que cette ambition s'est matérialisée. Par ailleurs, l'extension des domaines du droit pénal international ajoute à l'interaction entre droit pénal et droit militaire, les autorités nationales n'hésitant plus à confier à l'armée des missions de police, dont les résultats sont jugés par des juridictions pénales

127 Essentiellement des «criminologues» de feu la section 75 du CNU: Cf. Conférence Nationale de Criminologie, *Rapport établi pour Madame la Ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche sur la faisabilité, la mise en place et le développement des Études, Recherches et Formations en Criminologie*, Juin 2010, dit Rapport Villerbu, qui contenait la proposition de création d'une section CNU «Criminologie, diplomatie, polémologie, stratégie», qui conduira à la création de la section 75 du CNU par un arrêté du 13 février 2012 modifiant l'arrêté du 2 mai 1995 (JO du 15 mars 2012 page 4800), finalement abrogé par un arrêté du 6 août 2012 (JO du 21 août 2012 page 13620); Cf. aussi X. RAUFER, *Quelles guerres après Oussama ben Laden?*, Plon, coll. Tribune libre, 2011 ou M. ROUDAUT, *Marchés criminels - Un acteur global*, PUF, coll. Questions judiciaires, 2010.

128 Pour un exemple récent: Y. MAYAUD, «La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente», *AJ Pénal*, 9/2013, Dossier «Lutte contre le terrorisme: nouveaux moyens», pp.442-446.

129 Cf. cette revue, la contribution de D. Linhardt et C. Moreau de Bellaing; D. CARON, «La bellicisation de la lutte contre le terrorisme: un défi au droit», in *Amicorum Liber en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, (précité), pp.113-135; cf. aussi, pour une illustration de cette doctrine: A. CAMPANA et G. HERVOUET (dir.), *Terrorisme et insurrection - Évolution des dynamiques conflictuelles et réponses des États*, Presses de l'Université du Québec, 2013,

particulièrement A. CAMPANA et G. HERVOUET, «Le terroriste et l'insurgé - Des cibles floues dans une lutte sans vainqueur», pp. 1-7; J. KRIEBER, «Insurrection et terrorisme - La nouvelle configuration du champ de bataille», pp.19-36 et J.-J. PATRY et N. VILBOUX, «Contre-terrorisme et contre-insurrection - Les «nouvelles» doctrines militaires», pp.167-186.

130 J.-L. HALPÉRIN, «Ambivalences des doctrines pénales modernes», *Rev. sc. crim.* 1/2010, «Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle», p. 10.

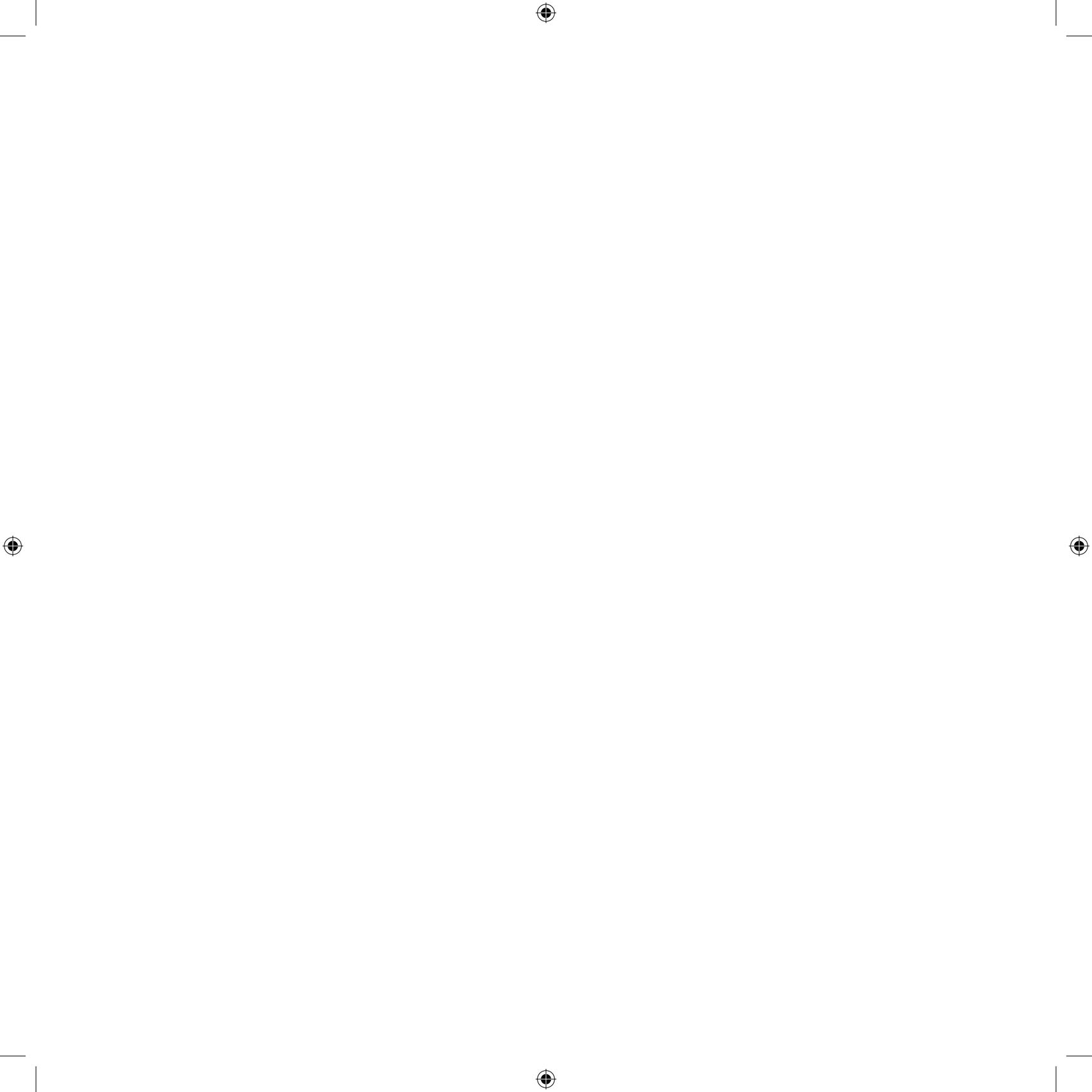
131 P.-W. KAHN, «Criminels, ennemis et imaginaire de la violence», *Arch. phil. droit* 53(2010), p. 59.

ordinaires¹³² tandis que les qualifications et procédures ordinaires du droit pénal investissent progressivement les opérations militaires, y compris les menées de guerre¹³³.

Peut-on alors se féliciter, au nom d'une certaine conception de l'État de droit, de la contamination de l'activité guerrière par le droit pénal et rejeter dans le même temps l'influence de la doctrine militaire sur le droit pénal? Plus clairement: les craintes de la doctrine pénale à l'endroit de la théorie du droit pénal de l'ennemi sont-elles mieux fondées et plus légitimes que celles des militaires à l'égard de la soumission de leur activité au droit pénal? Envisagée au travers du prisme de la globalisation de la sécurité, la théorie du droit pénal de l'ennemi est un rappel à la vigilance des partisans du libéralisme en matière pénale en ce qu'elle fournit la *doxa* scientifique nécessaire pour justifier que le mouvement de contamination de l'activité militaire par le droit pénal s'inverse. Contre la prétention de G. Jakobs, la consécration du droit pénal de l'ennemi ne protège pas la distinction citoyen/ennemi mais permet au contraire de traduire juridiquement l'appréhension du délinquant comme « ennemi social » et de soumettre en conséquence le droit pénal aux préceptes du droit militaire et de légitimer la « guerre de tous contre un ».

132 Par exemple, en matière de lutte contre la piraterie ou de lutte contre le trafic de stupéfiants en haute mer.

133 L'instruction de la plainte déposée contre la hiérarchie militaire par les parents de soldats français tués dans une embuscade à Uzbin en Afghanistan l'illustre.



JASON CORROYER*

L'utilisation du champ sémantique de la guerre en droit pénal s'accompagne d'une transposition, si ce n'est de la philosophie, au moins de certaines méthodes propres à cette matière du combat. En stratégie militaire, Sun Tse¹, préconise le recours à l'anticipation. Il explique notamment que « celui qui excelle à vaincre ses ennemis triomphe avant que les menaces de ceux-ci ne se concrétisent ». Il en est de même en droit pénal avec l'introduction du paradigme de l'ennemi.

Le droit pénal de l'ennemi, développé dans la pensée de Günther Jakobs, est une théorie présentée comme un nouveau modèle possible du droit pénal². Elle consiste à identifier l'ennemi et à se prémunir contre celui-ci. Dans cette perspective, le droit pénal ne repose plus sur des actes – l'infraction – mais sur des catégories d'individus; il ne repose plus sur la culpabilité, mais sur la dangerosité³. Le droit pénal passe d'un droit appréhendant des comportements à un

droit pénal tourné vers les auteurs⁴. À cette occasion, un affaiblissement significatif des droits fondamentaux et des garanties traditionnelles du droit pénal peut être constaté⁵. Cet affaiblissement est justifié pour deux raisons: d'une part, la « fin justifie les moyens » – c'est dire que le danger représenté par certaines catégories de délinquances justifie que l'État de droit se défende par tous les moyens⁶ – et d'autre part, en traitant un individu comme un ennemi, le droit place celui-ci en dehors du système et s'octroie la possibilité de ne pas s'autolimiter à son égard⁷. En conséquence de cela, le droit pénal

* Université Jean-Moulin Lyon 3, Centre de droit pénal.

1 SUN TSE, *L'Art de la guerre*, traduction Niquet-Cabestan, Economica, 1968.

2 J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion », *Jurisprudence – Revue critique*, 2011, p. 150.

3 G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69 et s.

4 Pour une exposition synthétique de la conception purement subjective de la criminalité, v. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, p. 33 et s.

5 J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion », *op. cit.*, p. 150.

6 J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1014. Le professeur Pradel cite notamment la Cour constitutionnelle allemande qui a considéré que la détention après la peine ne viole pas la dignité de l'homme car la société « est fondée à se défendre contre les criminels dangereux en recourant à des mesures de détention à durée indéterminée ». Arrêt du 5 février 2004, BverfG 2 BvR 2029/01, *RSC* 2004, p. 689, chron. T. WEIGNED, D. CAPITANT et F. FEISEL.

7 E. R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit, il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009, p. 50: « Face à une telle menace, il n'est pas possible d'opposer un quelconque obstacle ou une quelconque limite

de l'ennemi est présenté comme un droit d'exception, inapplicable aux citoyens⁸ et strictement limité.

Concrètement, selon Günther Jakobs, le droit pénal de l'ennemi se traduit en droit pénal de fond par l'utilisation de l'anticipation – plus précisément des mesures de sûreté et de la « punissabilité anticipée »⁹ – et en droit pénal de forme par l'abolition des garanties du procès équitable¹⁰. Traiter du « droit pénal de l'ennemi et de l'anticipation » suppose donc d'occulter l'aspect procédure pénale de cette théorie. Il faut néanmoins conserver à l'esprit que l'identification d'un droit pénal de l'ennemi se caractérise avant tout par le recours aux catégories de délinquants et aux règles de droit qui lui sont applicables. Il est en effet question d'identifier un possible ennemi, tel que le voit le droit. Cette étude est donc partiellement incomplète ne serait-ce que par ce qu'elle n'intègre pas les règles relatives à la procédure pénale.

Dans un sens général, l'anticipation peut se définir comme l'action de prédire la survenance d'un événement et d'en tirer les conséquences en agissant avant sa survenance. Sa manifestation implique alors *a priori* deux éléments : une opération intellectuelle de prévision d'une part, ainsi qu'une intervention matérielle d'autre part¹¹. C'est en raison d'un événement futur prévu qu'une appréhension immédiate de la situation par

le droit est effectuée. Finalement, l'anticipation en droit est une appréhension du temps par le droit.

Appliquée au droit pénal de fond, l'anticipation s'inscrit sur la dimension temporelle du droit répressif relative au processus qui mène à la commission d'une infraction, c'est-à-dire, l'*iter criminis* ou chemin du crime. Classiquement, ce chemin est présenté comme étant constitué de plusieurs étapes : l'agent a d'abord l'idée du crime, puis il se résout à le commettre, il prépare l'infraction et en commence l'exécution pour enfin atteindre le résultat escompté¹². Si l'on applique l'anticipation à ce parcours, il s'agit alors de prévoir le résultat, le comportement d'exécution ou la préparation de l'infraction et d'appréhender la situation avant que ceux-ci ne se concrétisent.

Il est vrai que l'anticipation ne va pas de soi en droit pénal. Cette branche du droit se caractérise davantage par un aspect réactif. Le droit pénal appréhende une situation lorsqu'une atteinte concrète à une valeur sociale protégée est commise¹³. La peine, en tant que châtiment, apparaît comme la réaction à cette atteinte. L'aspect prédictif de l'anticipation s'accorde mal avec cette conception classique du droit pénal¹⁴.

Néanmoins, des hypothèses d'anticipation en droit pénal de fond existent. Les infractions formelles, l'incrimination de la tentative, les infractions obstacles ou les mesures de sûreté sont autant de mécanismes d'anticipation. Il s'agit, dans l'ensemble de ces cas, de prévoir un futur probable et d'agir immédiatement en

au pouvoir punitif : c'est un choix difficile entre tuer ou mourir. L'ennemi n'est pas l'*inimicus* mais l'*hostis*».

8 Günther Jakobs plaide à ce sujet pour une identification du droit pénal de l'ennemi pour permettre sa séparation du droit pénal classique applicable aux citoyens : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009, p. 17.

9 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, p. 14.

10 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, p. 18.

11 R. PARIZOT, « L'anticipation de la répression », in *Le principe de nécessité en droit pénal*, Actes de la journée d'études radicales, Cergy-

Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso éditions, collection LEJEP, 2013, p. 123.

12 J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^e éd., 2008, p. 71.

13 Sur la détermination objective des infractions : v. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBOIS, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 23 et s.

14 R. PARIZOT, « L'anticipation de la répression », *op. cit.*, p. 124 : « Le moment « normal » de la répression est celui de l'atteinte grave portée à une valeur protégée (dans le respect du principe de nécessité) et prévue par un texte de loi (dans le respect du principe de légalité) ».

appréhendant par avance la situation. En conséquence, ce n'est pas l'idée même de l'anticipation qui caractérise l'application de la théorie de l'ennemi en droit pénal de fond et la discrimine du reste du droit pénal. Identifier un droit pénal de l'ennemi dans notre législation suppose donc de rechercher le critère permettant de trier l'anticipation appartenant au paradigme de l'ennemi de celle relevant d'un droit pénal « classique »¹⁵.

Un premier élément de réponse, négatif, peut d'ores et déjà être apporté. Le droit pénal de l'ennemi ne se distingue pas du droit pénal classique par les méthodes d'anticipation utilisées. En effet, en droit pénal de fond, deux méthodes peuvent être utilisées. La première consiste à incriminer un comportement en amont sur le chemin du crime : il s'agit de l'incrimination anticipatrice ou « punissabilité anticipée » ; la seconde consiste à appliquer une mesure en amont sur ce même chemin : il s'agit alors des mesures anticipatrices ou mesures de sûreté. Ces deux méthodes peuvent aussi bien relever d'un droit pénal classique que d'un paradigme de l'ennemi.

Un second élément, quant à lui positif, peut ensuite être apporté. Bien que les méthodes ne diffèrent pas, il est possible de constater que la dimension prise par l'anticipation est d'une tout autre ampleur lorsqu'elle traduit l'idée de la présence d'un ennemi. Cette ampleur de l'anticipation est fonction de deux variables. La première est le degré de l'anticipation : il sera augmenté dans le paradigme de l'ennemi. La seconde est le régime de l'anticipation : il sera durci. Finalement, alors que l'appréhension ne cesse de remonter sur le chemin du crime – l'anticipation est plus importante – le régime suit un cheminement inverse en s'attachant à prendre en compte le résultat redouté dans le futur. L'addition de

ces deux forces contraires semble caractériser l'apparition d'un paradigme de l'ennemi en droit pénal de fond.

Ces deux critères amènent à une remise en cause de certains principes du droit pénal classique¹⁶ et isolent ces dispositions parmi les exceptions. La culpabilité laisse notamment place à la notion de dangerosité. Les méthodes d'anticipation restent les mêmes, seulement, leur ampleur entraîne un changement de nature du droit pénal. C'est un droit pénal de l'auteur qui apparaît. Dans un premier cas, il reste inavoué, c'est l'hypothèse de l'*incrimination anticipatrice* (I). Dans l'autre cas, il est totalement assumé, il s'agit de la *mesure anticipatrice* (II).

I. L'incrimination anticipatrice

Les incriminations anticipatrices ne sont pas propres au paradigme de l'ennemi. Cependant, alors qu'en droit pénal classique le droit appréhende un comportement pour anticiper sur la survenance immédiate d'un résultat¹⁷, le droit pénal de l'ennemi appréhende quant à lui un individu pour anticiper un comportement¹⁸. Le degré de l'anticipation n'est

16 L'utilisation du concept de dangerosité de façon autonome peut amener à une remise en cause des principes de légalité, de nécessité, de proportionnalité, et à des atteintes à la présomption d'innocence. V. C. LAZERGES, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, dir. C. LAZERGES et G. GIUDICELLI-DELAGE, PUF, 2011, p.21. À tout le moins, ce phénomène amène à une redéfinition des rationalités du droit pénal : X. PIN, « Une politique criminelle en quête de rationalité : le cas français », in *Rationalité pénale et démocratie*, PUL, 2013, p.39 et s. Également, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p.36 et s.

17 Le terme « résultat » est ici utilisé au sens de résultat « redouté », « réel » ou « sociologique ». Il s'agit par exemple de la mort de la victime dans le meurtre (221-6 du CP) ou dans l'empoisonnement (221-5 du CP), des blessures dans les coups et blessures (222-1 et s. du CP) ou dans le risque causé à autrui (223-1 du CP). A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 171.

18 Si l'on reprend le chemin du crime tel que traditionnellement décrit, les étapes sont les suivantes : idée du crime, résolution criminelle, actes préparatoires, commencement d'exécution et

15 L'expression « droit pénal classique » est utilisée ici pour désigner la part du droit pénal non représentative d'une politique de l'ennemi.

en conséquence pas le même. Un échelon se trouve franchi, et en raison de la répression qui s'attache à ces incriminations, de *l'anticipation du résultat* (A) à *l'anticipation du comportement* (B), le droit pénal peut passer insidieusement d'un droit pénal du comportement à un droit pénal de l'auteur.

A. *L'anticipation du résultat*

Les incriminations permettant une anticipation sur la survenance d'un résultat sont nombreuses et anciennes¹⁹. Elles traduisent à l'origine une prise en compte du caractère exceptionnellement grave de certaines infractions²⁰. D'abord limitées aux crimes atroces (notamment le crime de lèse-majesté), elles se sont progressivement étendues.

Cette extension s'est accompagnée d'une limitation de l'anticipation. Si le champ d'application matériel devait s'élargir, corrélativement, le degré temporel de l'anticipation devait être réduit afin de garantir les libertés individuelles. Le comportement appréhendé doit être suffisamment près du résultat pour que l'anticipation soit possible. Il s'agit en conséquence d'une anticipation de premier degré.

L'anticipation du résultat appartient finalement au droit pénal classique car ces incriminations se caractérisent par *un lien direct et immédiat* avec le résultat redouté (1), et que de ce lien découle leur régime. Celui-ci peut prendre en compte le résultat redouté et tout de

même correspondre à *la répression du comportement constaté* (2).

1. *Un lien direct et immédiat*

L'anticipation du résultat se traduit par l'utilisation de deux notions bien connues des pénalistes : la tentative et les infractions formelles.

La tentative se définit matériellement par le commencement d'exécution²¹. Il s'agit, selon la jurisprudence, de l'acte qui tend « directement et immédiatement à la réalisation de l'infraction projetée »²². L'auteur a décidé, de façon irrévocable, d'accomplir l'infraction et celle-ci est en cours d'exécution. Un lien causal et temporel unit le commencement d'exécution et la survenance du résultat de l'infraction. Pour ne prendre qu'un exemple, constitue une tentative de vol à main armée le fait de s'approcher d'un bureau de poste encagoulé et armé²³. L'action décrite forme une unité avec la période d'exécution complète intégrant le résultat. Il y a donc unité temporelle – il s'agit de la même action – mais aussi lien causal – cette action mène au résultat.

De la même manière, l'infraction formelle ne nécessite pas la survenance d'un résultat dommageable. Matériellement, ces infractions constituent l'incrimination du comportement permettant d'obtenir le résultat²⁴. Pour reprendre l'infraction d'empoisonnement souvent

enfin obtention du résultat. Anticiper sur le résultat, c'est donc incriminer le commencement d'exécution ou plus simplement, le comportement. Anticiper sur le comportement, c'est incriminer les actes préparatoires ou une étape en amont sur le chemin du crime.

19 A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, LGDJ, 1985, p. 7, n°13.

20 « Lorsqu'il s'agit de crime de lèse-majesté au premier chef, on punit de mort ceux qui ont eu la pensée de le commettre, si cette pensée a été manifestée, soit par témoins, soit par la déclaration de celui qui l'a eue » : D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle en France*, Paris, 1771, tome III, p. 697, cité par A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, *op. cit.*, p. 15, n°19.

21 Article 121-5 du Code pénal : « La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ».

22 Cass. crim., 19 juin 1979, Bull. crim. n°219. D'autres formules sont utilisées par la jurisprudence comme « l'acte qui tend directement au délit lorsqu'il a été accompli avec l'intention de le commettre » (Cass. crim., 5 juillet 1951, Bull. crim. n°198) ou l'acte ayant « pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant entré dans sa période d'exécution » (Cass. crim., 25 octobre 1962, Bull. crim. n°292 et 293).

23 Cass. crim., 19 juin 1979, Bull. crim. n°219.

24 SPITÉRI, « L'infraction formelle », *RSC* 1966, p. 497.

citée en exemple²⁵, le comportement incriminé consiste en « l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort »²⁶. Ici encore, la survenance du résultat, c'est-à-dire la mort de la victime, n'est pas nécessaire pour que le comportement soit appréhendé par le droit pénal. Néanmoins, le comportement incriminé présente un lien direct et immédiat avec le résultat puisqu'il s'agit de l'incrimination « du moyen ou procédé propre à provoquer un résultat dommageable »²⁷. En vérité, l'infraction formelle constitue l'érection en infraction autonome « de la tentative de l'infraction matérielle homologue »²⁸.

Les incriminations constitutives d'une anticipation du résultat présentent donc une structure analogue. De cette structure découle la possibilité d'une prise en compte du résultat redouté sans pour autant que le régime ne soit autre chose que la répression du comportement constaté.

2. La répression du comportement constaté

Le quantum de la répression de l'incrimination anticipatrice est, en matière d'anticipation du résultat, justifié par le comportement effectivement constaté. Il en est ainsi que ce soit pour la tentative ou pour les infractions formelles²⁹.

25 F. DESPORTES et LE F. GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, p. 419, n°460; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Tome 1, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 649, n°514; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 139, n°155.

26 Article 221-5 du Code pénal.

27 R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 648, n°514.

28 P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 184, n°322; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 648, n°514: « Il s'agit donc du commencement d'exécution, retenu par la loi, non pas au titre de la tentative, mais comme une infraction achevée, définitivement consommée ».

29 C'est également le cas de l'ensemble des infractions obstacles ne traduisant pas la mise en application d'un droit pénal de l'ennemi. Ce régime permettra de faire la distinction entre les infractions

La tentative d'une infraction est réprimée, selon l'article 121-4 du Code pénal³⁰, comme l'infraction consommée. De la même façon, la répression des infractions formelles est souvent alignée sur celle des infractions matérielles correspondantes³¹. La répression du comportement constaté est donc équivalente à la répression du résultat anticipé.

Il apparaît alors que ce résultat est pris en compte pour la fixation de la répression de la tentative ainsi que des infractions formelles. Ce choix de politique criminelle peut se justifier par l'existence du lien direct et immédiat entre le comportement appréhendé et le résultat dommageable envisagé. Le résultat est contenu de façon certaine, presque physique, dans le comportement. Il s'agit de la suite « normale » des choses, ou du moins, la plus probable. La volonté de l'agent est d'ailleurs, dans les deux hypothèses, tournée vers ce résultat. Dans la tentative, il s'agit de la consommation de l'infraction³²,

obstacles relevant du droit pénal classique et celles relevant du droit pénal de l'ennemi.

30 Article 121-4 du Code pénal: « Est auteur de l'infraction la personne qui:

1° Commet les faits incriminés;

2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ».

31 Cela explique pourquoi il est inutile de changer de qualification dans l'hypothèse où le résultat dommageable surviendrait. Il s'agit là d'un des intérêts de la distinction entre infractions formelles et infractions obstacles. Les secondes ne s'opposent pas à la qualification d'une nouvelle infraction si un résultat dommageable survient. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 420, n°461.

32 Idée que l'on retrouve dans la définition du commencement d'exécution donnée par la jurisprudence: acte qui tend « directement et immédiatement à la réalisation de l'infraction projetée » (Cass. crim., 19 juin 1979, Bull. crim. n°219); mais également de façon plus générale dans la seconde condition de la tentative: l'absence de désistement volontaire (article 121-5 du Code pénal).

et dans l'infraction formelle, de la survenance du résultat dommageable³³.

Ainsi, en incriminant ces comportements, c'est la forte probabilité du résultat qui est réprimée. Le régime de ces anticipations est équivalent à la répression encourue lorsque le résultat survient car celles-ci sont la quasi-certitude de ce résultat.

Dès lors, dans ces deux hypothèses, l'incrimination anticipatrice appartient à un droit pénal du comportement puisque ce comportement apparaît comme le fondement de la répression. À l'inverse, lorsque l'on passe dans l'anticipation du comportement, le droit pénal peut devenir un droit pénal de l'auteur, caractéristique du droit pénal de l'ennemi.

B. L'anticipation du comportement

L'anticipation du comportement constitue le deuxième degré de l'anticipation. Il est supérieur à celui de l'anticipation du résultat. Le lien ne se fait plus avec un résultat redouté, mais avec un comportement déterminé.

Ces incriminations peuvent appartenir au paradigme de l'ennemi si la justification de l'anticipation réside dans la construction d'un droit pénal de l'auteur. Ce sera le cas lorsque cette incrimination anticipée du comportement présentera la singularité de se voir attacher une répression non pas en rapport avec l'acte commis, mais en lien avec la catégorie de délinquants envisagée.

Par le cumul de ces deux éléments, *le degré de l'anticipation* (1) et *le régime de l'anticipation* (2), le basculement d'un droit pénal du comportement à un droit pénal de l'auteur se fait insidieusement.

1. Le degré de l'anticipation

Le degré de l'anticipation est supérieur en matière d'anticipation du comportement qu'il ne l'est en matière d'anticipation du résultat. Il suffit de reprendre succinctement le «chemin du crime» pour s'en convaincre: la résolution, la préparation, le commencement d'exécution et enfin le résultat. Lorsque l'anticipation est celle du résultat, l'appréhension par le droit pénal se fait au stade du commencement d'exécution; il s'agit dans cette hypothèse des infractions formelles et de la tentative. Lorsque l'anticipation est celle d'un comportement, l'appréhension par le droit pénal se fait au stade de la préparation, voire de la résolution; il s'agit de l'incrimination d'un péril appelée alors infraction obstacle³⁴.

Il en est ainsi, par exemple, de l'infraction de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique intégrée à notre code en 2009³⁵. Celle-ci prévoit que sera puni d'une amende de 5^e classe³⁶ «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»³⁷. La situation appréhendée ne présente pas de lien de causalité avec un résultat. Dans cette hypothèse, ce qui est anticipé, ce sont tous les comportements qui seraient susceptibles de causer des atteintes concrètes dommageables. En raison de cette chaîne d'événements supposés, la dissimulation du visage accompagnée de «circonstances» – sans davantage de précisions –, permet l'appréhension par le

33 En matière d'empoisonnement, il s'agit de la mort de la victime, résultat légal du meurtre (article 221-1 du Code pénal). La chambre criminelle de la Cour de cassation exige d'ailleurs la présence de l'*animus necandi* pour qualifier l'infraction d'empoisonnement (Cass. crim., 18 juin 2003, Bull. crim. n°127).

34 F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 420, n°461; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 649, n°515; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 140, n°156.

35 Décret n°2009-724 du 19 juin 2009.

36 Soit 1 500 euros et 3 000 euros en cas de récidive selon l'article 131-13 du Code pénal.

37 Article R. 645-14 du Code pénal.

droit pénal de la situation. L'anticipation peut assurément être ici qualifiée de deuxième degré.

Une analyse analogue peut être menée concernant les infractions dites de terrorisme définies aux articles 421-1 et suivants du Code pénal. Plus précisément, l'article 421-2-1 réprime « 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 des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents »³⁸. Cette incrimination se place purement et simplement au stade préparatoire des infractions. L'anticipation est celle de la commission d'une infraction, et non l'anticipation de la survenance d'un résultat dommageable. Le lien s'étire entre le dommage et l'acte incriminé. Cela amène à une relative indétermination du comportement qui est anticipé³⁹ : il s'agit dans ce cas de l'ensemble « des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ».

38 Ces développements s'appliquent également à l'article 450-1 du Code pénal : « Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ».

Ces infractions constituent d'ailleurs un doublon. V. V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^e éd., 2013, p. 488.

39 L'article 222-14-2 du Code pénal aurait également pu être cité en exemple : « 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 est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

La nouvelle infraction créée par la loi du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme prévue à l'article 421-2-4 du Code pénal semble franchir un palier supplémentaire. Ce texte incrimine le fait de proposer à une personne de participer à un groupement terroriste⁴⁰. Il est possible de voir ici une étape encore en amont sur l'*iter criminis*. L'infraction terroriste n'a pas eu lieu, le groupement préparant sa commission non plus, seule une proposition de participation à ce groupement est nécessaire. Il s'agit donc de l'anticipation d'une anticipation d'un comportement.

Dernier exemple, tiré d'une autre criminalité, celle concernant la mise en péril des mineurs⁴¹ : l'article 227-23 du Code pénal incrimine notamment le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des images pédopornographiques. Dans cette hypothèse, le comportement appréhendé par l'incrimination est entièrement déconnecté du résultat redouté : l'atteinte concrète aux mineurs. Le lien de causalité n'existe, pour ainsi dire, presque plus. Aucun élément matériel de cette infraction ne permet de déduire qu'il existe une probabilité positive que dans le futur, l'auteur de l'infraction commettra une atteinte concrète à un mineur⁴².

40 Article 421-2-4 du Code pénal : « Le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente prévu à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 est puni, même lorsqu'il n'a pas été suivi d'effet, de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

41 L'infraction envisagée ici est insérée dans le Code pénal dans une section V du chapitre VII consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille intitulée : « De la mise en péril des mineurs ».

42 Il est intéressant de noter qu'un dispositif similaire a été envisagé concernant la consultation habituelle de sites considérés

Il est donc possible de constater qu'il existe une augmentation du degré de l'anticipation dans ces incriminations. Cette augmentation du degré ne va pas sans conséquences : le lien de prévision qui doit s'établir entre la situation appréhendée et le comportement redouté s'affaiblit et tend même à disparaître, tant du point de vue de sa certitude – l'acte appréhendé n'est pas toujours le préalable nécessaire et inévitable de l'élément anticipé – que du point de vue de la valeur de la probabilité. Pour autant, le législateur a tout de même tenu, dans certaines hypothèses, à ce que le résultat redouté soit pris en compte dans la détermination du régime de ces incriminations anticipatrices.

2. Le régime de l'anticipation

Le dommage concret, résultat final de l'action, ne devrait pas, dans les hypothèses d'anticipation du comportement, influencer avec trop d'intensité le régime de l'incrimination. La situation appréhendée ne présente pas de lien direct et immédiat avec ce résultat et parfois même, ce lien n'existe pas. Il serait donc incohérent de fixer la répression de ces incriminations en considération de ce résultat⁴³. C'est pourtant parfois le choix effectué

comme terroriste : v. Projet de loi du 11 mars 2012 renforçant la prévention et la répression du terrorisme.

43 C'est pourquoi les infractions obstacles n'appartenant pas au paradigme de l'ennemi ne voient pas leur régime fixé en considération du résultat redouté. Ainsi, par exemple, l'abandon d'armes ou d'objets dangereux prévu par l'article R. 641-1 du Code pénal est défini comme le « fait d'abandonner, en un lieu public ou ouvert au public, une arme ou tout autre objet présentant un danger pour les personnes et susceptible d'être utilisé pour commettre un crime ou un délit ». Dans cette hypothèse, le résultat envisagé est la commission d'un crime ou d'un délit, mais le comportement appréhendé ne présente pas de lien direct et immédiat avec celui-ci. La commission d'un crime ou d'un délit ne résulte pas nécessairement ou de façon quasi-certaine de l'abandon d'une arme. En raison de la déconnexion entre le comportement et le résultat redouté, la répression attachée à ce comportement est adaptée aux faits constatés. En effet, cette infraction constitue une contravention de 1^{re} classe. La répression est

par le législateur. Il suffit, pour s'en convaincre, de reprendre les exemples utilisés précédemment.

L'infraction de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique est punie d'une peine de contravention de 5^e classe, soit 1 500 euros d'amende. Dans l'absolu, cette peine peut être considérée comme adaptée, au sens de proportionnée, au comportement appréhendé. Néanmoins, lorsque l'on compare cette infraction avec celle de dissimulation du visage dans l'espace public créée par la loi du 11 octobre 2010⁴⁴, le rapport des quantums des peines encourues apparaît comme étant de un à dix. Cette seconde infraction est en effet constitutive d'une contravention de deuxième classe et les auteurs encourent 150 euros d'amende au plus⁴⁵. Avec donc, une même matérialité – la dissimulation du visage dans un espace public – la répression n'apparaît absolument pas équivalente. Cette différence s'explique par le caractère anticipateur de l'infraction de l'article R 645-14 du Code pénal. Cette dernière est principalement réprimée en raison de ce que sa matérialité laisse présumer de l'avenir, ce qui n'est pas le cas de l'infraction issue de la loi du 11 octobre 2010.

De la même façon, les infractions de groupement, terroriste ou non, présentent une répression en lien étroit avec le résultat redouté. Ainsi, l'article 421-5 du Code pénal prévoit une peine de 10 ans d'emprisonnement concernant la participation à un groupement, et cette peine est aggravée en passant à 20 ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction projetée présente certaines caractéristiques⁴⁶. D'une part, cette répression n'est pas

donc sans rapport avec le résultat redouté qui, dans cette hypothèse, s'identifie à la commission d'un crime ou d'un délit.

44 Loi dénommée familièrement « loi sur la burqa ».

45 Article 3 de la loi du 11 octobre 2010.

46 Article 421-6 du Code pénal : « Les peines sont portées à vingt ans de réclusion criminelle et 350 000 euros d'amende lorsque le groupement ou l'entente définie à l'article 421-2-1 a pour objet la préparation :

en adéquation avec le comportement appréhendé qui, il faut le rappeler, est constitué par un groupement. D'autre part, cette répression varie en fonction de l'infraction projetée. Le régime de ces incriminations est donc déterminé par le résultat redouté et non par le comportement appréhendé.

Le même raisonnement peut être mené concernant l'incrimination de la consultation habituelle de sites pédopornographiques. La répression qui s'y attache est selon l'article 227-23 du Code pénal, de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Cette répression apparaît comme surpassant la simple répression du comportement, qui pourtant n'apparaît pas en lien avec l'atteinte effective aux mineurs. Elle semble ainsi influencée par le résultat redouté⁴⁷.

Cette tendance répressive du régime de l'anticipation du comportement peut trouver une explication dans la conception formée à l'égard de ces catégories de délinquance. L'auteur de l'infraction envisagée n'est pas considéré comme ayant commis un acte déterminé, mais comme appartenant à une catégorie de délinquants. Il est assimilé à celle-ci et puni comme tel. Ainsi, l'auteur de l'infraction de dissimulation du visage

pendant une manifestation est assimilé à la délinquance urbaine. L'auteur qui participe à un groupement terroriste n'a pas juste participé à la préparation d'infractions, il est un terroriste. L'internaute qui consulte habituellement des sites pédopornographiques est considéré comme étant un pédophile. La prise en compte du délinquant prend le relais de la diminution de la matérialité de l'infraction dans le fondement de la répression.

C'est donc un droit pénal de l'auteur qui est insidieusement mis en place par le biais de ces incriminations anticipées du comportement. Ce droit pénal de l'auteur n'est pas *avoué* car il ne fait pas de référence explicite à ce caractère, contrairement aux mesures anticipatrices qui, intégrées au paradigme de l'ennemi, apparaissent comme constitutives d'un droit pénal de l'auteur *assumé*.

II. La mesure anticipatrice

Le terme de « mesures anticipatrices » est utilisé ici pour désigner les mesures qui contraignent une personne en raison de la prévision de la commission d'une infraction. Finalement, il s'agit de ce qui est traditionnellement dénommé « mesures de sûreté ». Distinctes des peines, les mesures anticipatrices sont par nature tournées vers l'avenir et la probabilité de la commission d'un dommage futur. Elles constituent le troisième degré de l'anticipation.

Après avoir été largement admises au début du siècle dernier, elles ont progressivement été remplacées par des mesures extra-pénales, type assistance⁴⁸. Néanmoins, depuis quelques années, des mesures de

1° Soit d'un ou plusieurs crimes d'atteintes aux personnes visés au 1° de l'article 421-1 ;

2° Soit d'une ou plusieurs destructions par substances explosives ou incendiaires visées au 2° de l'article 421-1 et devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner la mort d'une ou plusieurs personnes ;

3° Soit de l'acte de terrorisme défini à l'article 421-2 lorsqu'il est susceptible d'entraîner la mort d'une ou plusieurs personnes ».

47 S'agissant du cas particulier de cette incrimination, il faut noter que l'anticipation n'est pas le seul élément influençant le régime. L'auteur de l'infraction encourt cette répression en raison de la probabilité supposée qu'il commette dans le futur une atteinte concrète à un mineur, mais également en raison de l'élément matériel de l'infraction : la consultation d'images obtenues par une atteinte, présente et concrète, à un mineur. Ce dernier élément participe de la logique du recel et peut constituer une autre explication de la répression de cette incrimination.

48 J. ALIX, « Une liaison dangereuse, Dangerosité et droit pénal en France », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 52.

sûreté relevant du droit pénal de l'ennemi réapparaissent dans l'arsenal pénal⁴⁹.

Le changement de paradigme est intervenu, semble-t-il, avec la loi du 28 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental⁵⁰. La contrainte n'est plus appliquée en raison d'une culpabilité, mais en raison d'une nécessité avérée ou supposée pour la société de se prémunir contre des individus dangereux. Par ailleurs, ces mesures postulent davantage l'idée d'exclusion que celle d'aide à la resocialisation en s'apparentant à des peines. La doctrine du droit pénal de l'ennemi prend donc, dans ces hypothèses, toute son ampleur.

Plus précisément, cette loi a créé la rétention de sûreté qui peut s'analyser comme étant une mesure d'*anticipation par la neutralisation* (A) ainsi qu'une surveillance de sûreté qui vient compléter les mesures d'*anticipation par la surveillance* (B).

A. L'anticipation par la neutralisation

L'anticipation par la neutralisation se manifeste dans le dispositif de la rétention de sûreté. Elle est définie par le législateur comme « le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique

destinée à permettre la fin de cette mesure»⁵¹. Il s'agit d'une mesure de privation de liberté à caractère pénal. Elle est décidée en fin d'exécution de peine à l'encontre de personnes dont il est établi « qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité»⁵². Ainsi, si l'on observe cette législation, la commission d'une *infraction apparaît comme une condition de la mesure* (1) alors que le *fondement réside dans la dangerosité de l'individu* (2).

1. L'infraction comme condition de l'anticipation

La rétention de sûreté ne peut être prononcée « que si la Cour d'assises a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté»⁵³. Ainsi, une peine a déjà été prononcée par une juridiction de jugement et celle-ci a déjà été exécutée. La rétention de sûreté peut dès lors être ressentie comme un système instituant une double peine.

Bien que ne constituant pas le fondement de la mesure, cette condition de la commission d'une infraction encadre la rétention de sûreté de deux façons. D'une part, une liste limitative d'infractions est incorporée aux textes et permet l'identification de la « population pénale » que le législateur souhaite prendre en compte. Il s'agit des auteurs d'assassinat, de meurtre, d'actes de tortures et de barbarie, de viol, d'enlèvement et de séquestration. Ces différentes infractions doivent soit avoir été commises sur un mineur, soit avoir été commises avec une circonstance aggravante ou en état de récidive⁵⁴. À défaut, elles ne rentrent pas dans le champ

49 J. ALIX, « Une liaison dangereuse, Dangerosité et droit pénal en France », *op. cit.*, p. 54; X. PIN, « Une politique criminelle en quête de rationalité : le cas français », *op. cit.*, p. 48 et s.; H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *Dr. Pénal* 2008, Chron. n°5; du même auteur, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007, p. 1607; J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *op. cit.*, p. 1014; J.-H. ROBERT, « La victoire posthume de Lombroso et Ferri », *Dr. Pénal* 2008, Repère n°2.

50 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.

51 Article 706-53-13 al. 4 du Code de procédure pénale.

52 Article 706-53-16 al. 1 du Code de procédure pénale.

53 Article 706-53-16 al. 3 du Code de procédure pénale.

54 Article 706-53-13 du Code de procédure pénale.

d'application de la rétention de sûreté. Il a très justement été fait remarquer que ces deux catégories correspondent finalement pour la première à la figure du pédophile et pour la seconde à la figure du pervers⁵⁵.

D'autre part, la commission de l'infraction influence la nature de la rétention de sûreté. Pour le Conseil constitutionnel, le caractère rétroactif de la mesure de sûreté souhaité par le législateur n'est pas conforme à la Constitution en raison notamment du fait qu'elle soit prononcée après une décision de condamnation d'une juridiction⁵⁶. La rétention de sûreté est finalement une mesure préventive à laquelle est appliqué le régime des peines⁵⁷. De là à dire qu'il s'agit d'une peine d'une infraction future, il n'y a qu'un pas⁵⁸.

C'est donc l'ennemi pédophile ou pervers, avéré par une première condamnation, que la rétention de sûreté neutralise pour une année renouvelable indéfiniment. Cela, selon le texte, tant que la dangerosité persiste, puisqu'il s'agit du fondement de cette mesure.

2. La dangerosité comme fondement de l'anticipation

La rétention de sûreté est prononcée à l'égard de personnes qui présentent «une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée

de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité»⁵⁹. La dangerosité apparaît comme la notion permettant la prise en charge par le droit pénal de personnes atteintes d'un trouble grave de la personnalité en admettant leur neutralisation tant que celle-ci persiste, ce qui amène deux remarques au moins.

La première est que l'événement prévu est une récidive d'infraction et le lien de prévision doit apparaître comme très probable en raison de troubles graves de la personnalité. Il faut noter qu'il est sans doute difficile de concilier ces troubles graves de la personnalité et la notion de récidive qui suppose une nouvelle responsabilité au sens classique du terme. Les troubles graves peuvent en effet légitimement laisser penser que celle-ci sera difficile en raison de l'application d'une cause de non-imputabilité⁶⁰. Si l'individu est déterminé à commettre une nouvelle infraction en raison d'un trouble, c'est qu'il ne dispose pas de son libre arbitre, qu'il ne choisit pas librement et de façon consciente ses actes, faute de contrôle.

La seconde est que la mesure peut durer tant que la dangerosité persiste. Ainsi ce fondement permet-il d'instituer une perpétuité réelle qui, il faut le rappeler, n'est pas admise sur le fondement de la responsabilité classique⁶¹.

La dangerosité permet donc, dans ce cadre, de fonder des mesures de contrainte au-delà de ce que permet la responsabilité pénale au sens classique du terme. Cela s'explique par le caractère incertain de celle-ci. En effet, paradoxalement, la dangerosité permet d'envisager les situations les plus graves puisqu'elle

55 X. PIN, «Une politique criminelle en quête de rationalité: le cas français», *op. cit.*, p. 53.

56 Les autres éléments qui ont convaincu le Conseil constitutionnel ont trait à l'aspect neutralisateur de la rétention: «nature privative de liberté, [...] durée de cette privation, [...] caractère renouvelable sans limite». Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, considérant n°10.

57 La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs qualifié de «peine» l'équivalent de la rétention de sûreté en Allemagne, la détention de sûreté; Cour EDH, *M. c. Allemagne*, du 17 décembre 2009, § 133: v. X. PIN, «L'internement de sûreté en Allemagne: une mesure de défense sociale à la dérive», *Déviante et société*, 2010, vol. 34, p. 527 et s.

58 Le professeur Pin utilise le vocabulaire de «peine préventive»: v. X. PIN, «Une politique criminelle en quête de rationalité: le cas français», *op. cit.*, p. 48.

59 Article 706-53-13 du Code de procédure pénale.

60 Article 122-1 al. 1 du Code pénal: «N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes».

61 Y. MAYAUD, «La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008», *D.* 2008, p. 1364.

présente un caractère prédictif et incertain, ce que ne permet pas la responsabilité classique qui repose sur des actes. Le dommage virtuel et futur remplace le dommage concret et actuel de la responsabilité classique.

Ces éléments amènent à penser que cette mesure anticipatrice constitue actuellement, en droit pénal de fond, le dispositif le plus pur appartenant au droit pénal de l'ennemi⁶². Son objectif affiché est la neutralisation de l'ennemi, et pour ce faire, les fondements classiques du droit pénal ne trouvent pas à s'appliquer⁶³.

Néanmoins, la rétention de sûreté a un caractère supplétif. L'article 706-53-13 du Code pénal prévoit en effet qu'elle présente un caractère exceptionnel, mais surtout, l'article 706-53-14 du même Code indique que la rétention de sûreté doit constituer « l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions ». Ainsi, tant que cela s'avère possible, les mesures d'anticipation par surveillance doivent être préférées⁶⁴.

B. L'anticipation par la surveillance

Les mesures anticipatrices peuvent également se manifester par la surveillance des individus considérés comme dangereux. Ces mesures cherchent à prévenir

la commission d'infractions mais présentent également un « caractère de sanction » par la restriction de liberté qu'elles occasionnent et l'atteinte à la vie privée qu'elles supposent. Il s'agit d'une seconde méthode de protection contre l'ennemi par l'identification, la signalisation, et la contrainte⁶⁵. Il en est ainsi concernant *les contrôles* (1) et *les fichiers* (2).

1. Les contrôles

L'anticipation par la surveillance se compose de deux hypothèses de contrôle des individus. La première fut introduite par la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales⁶⁶ : la surveillance judiciaire⁶⁷. La seconde fut introduite par la loi du 25 février 2008 précitée⁶⁸ : la surveillance de sûreté⁶⁹.

Les effets de ces deux mesures ont été unifiés⁷⁰. Elles permettent d'appliquer à la personne qui finit – pour la surveillance judiciaire –, ou qui a fini – pour la surveillance de sûreté – de purger sa peine, des mesures de contrôle comme l'injonction de soin, le placement

62 Günther Jakobs prend d'ailleurs pour exemple la détention de sûreté allemande (*Sicherungsverwahrung*) dans sa présentation de la théorie du droit pénal de l'ennemi (G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, p. 13) qui a très largement inspiré la rétention de sûreté instaurée en droit français.

63 Y. CARTUYVELS, « La biologisation du crime à la fin du XIX^e siècle : quelques enjeux et limites », cette revue, v. spécialement : « L'imaginaire de la prévention : au-delà du droit ? » ; G. GIUDICELLI-DELAGÉ, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, p. 70.

64 En « contre partie », la violation des obligations d'une mesure de surveillance comme la surveillance de sûreté peut donner lieu au prononcé d'une rétention de sûreté : article 706-53-19 du Code pénal.

65 L'assignation à résidence peut par exemple être prononcée au titre de ces mesures : article 723-30 3° du Code de procédure pénale.

66 Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales modifiée par la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009, la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale et la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

67 Articles 723-29 à 723-39 du Code de procédure pénale.

68 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, complétée par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

69 Articles 706-53-13 à 706-53-22 du Code de procédure pénale.

70 Article 706-53-19 al.1 du Code de procédure pénale.

sous surveillance électronique mobile, l'interdiction de paraître dans certains lieux, de prendre contact avec certaines personnes, ou encore l'assignation à résidence⁷¹.

La finalité de ces mesures est d'empêcher la récidive de la personne condamnée. L'article 723-29 du Code de procédure pénale dispose que la surveillance judiciaire est applicable «à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré». De même, la surveillance de sûreté n'est applicable que «si la personne présente des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13»⁷², ou dans l'hypothèse d'une libération conditionnelle nécessitant la poursuite d'un traitement «pour prévenir la récidive»⁷³.

La dangerosité apparaît également dans ces hypothèses comme le fondement de la mesure. Ces dernières présentent pourtant une parfaite identité avec leur équivalent qualifié de peine⁷⁴, ce qui n'a pas empêché le Conseil constitutionnel d'admettre leur rétroactivité⁷⁵. Il s'agit donc d'équivalent de peine, d'application rétroactive, pour une infraction hypothétique et future⁷⁶.

À la différence cependant de la rétention de sûreté, apparaît ici avec la surveillance judiciaire une nouvelle figure de l'ennemi: le récidiviste⁷⁷. Cette mesure est

notamment⁷⁸ applicable aux personnes condamnées à une peine privative de liberté «supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale»⁷⁹.

En définitive, ces mesures anticipatrices participent du contrôle de l'ennemi. Seulement, ces «ennemis» doivent d'abord être identifiés avant d'être contrôlés. Dans le cadre de l'anticipation par la surveillance, c'est le rôle du fichage.

2. Les fichiers

Deux fichiers doivent être mentionnés. Le premier est le fichier automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes créé par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et prévu par les articles 706-53-1 et suivants du Code de procédure pénale. Ce fichier est applicable en matière d'infractions de nature sexuelle ainsi qu'en matière de protection des mineurs et présente la singularité d'avoir une finalité préventive et non pas seulement celle d'aide à l'enquête. L'article 706-53-1 dispose en effet qu'il est constitué afin «de prévenir le renouvellement des infractions» et de faciliter l'identification des auteurs de ces infractions. Il s'agit donc à la fois d'une disposition intégrée aux moyens d'enquête et d'une mesure de surveillance et de prévention. En tant que mesure de contrôle social, ce fichier s'analyse comme une anticipation sur la réalisation de nouvelles infractions.

71 Article 723-30 du Code de procédure pénale.

72 Article 706-53-19 al. 1 du Code de procédure pénale.

73 Article 732-1 al. 2 du Code de procédure pénale.

74 Sursis avec mise à l'épreuve (articles 132-45 et suivants du Code pénal) ou le suivi socio-judiciaire (articles 131-36-1 et suivants Code pénal). Il faut admettre que dans le cas du suivi socio-judiciaire, on se trouve tout autant dans la prévention que dans la sanction. V. J. CASTAIGNÈDE, «Le suivi sociojudiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement», *D.* 1999, Chron. 23.

75 Décisions n°2005-527 DC du 8 décembre 2005 et n°2008-562 DC du 21 février 2008.

76 X. PIN, «Une politique criminelle en quête de rationalité: le cas français», *op. cit.*, p. 48 et s.

77 Cette figure était déjà prise en compte dans le cadre de la rétention de sûreté. Seulement, elle l'était en tant que circonstance aggravante et non de façon autonome comme une figure à part entière.

78 La surveillance judiciaire est également possible dans les cas où le suivi socio-judiciaire est prévu, ce qui renvoie à des catégories équivalentes à celles de la rétention de sûreté; il s'agit avant tout de la délinquance sexuelle (article 227-31 du Code pénal), mais également des infractions d'atteintes volontaires à la vie (article 221-9-1 du Code pénal), d'enlèvement et de séquestration (article 224-10 du Code pénal), de violences aggravées (article 222-48-1 du Code pénal), etc.

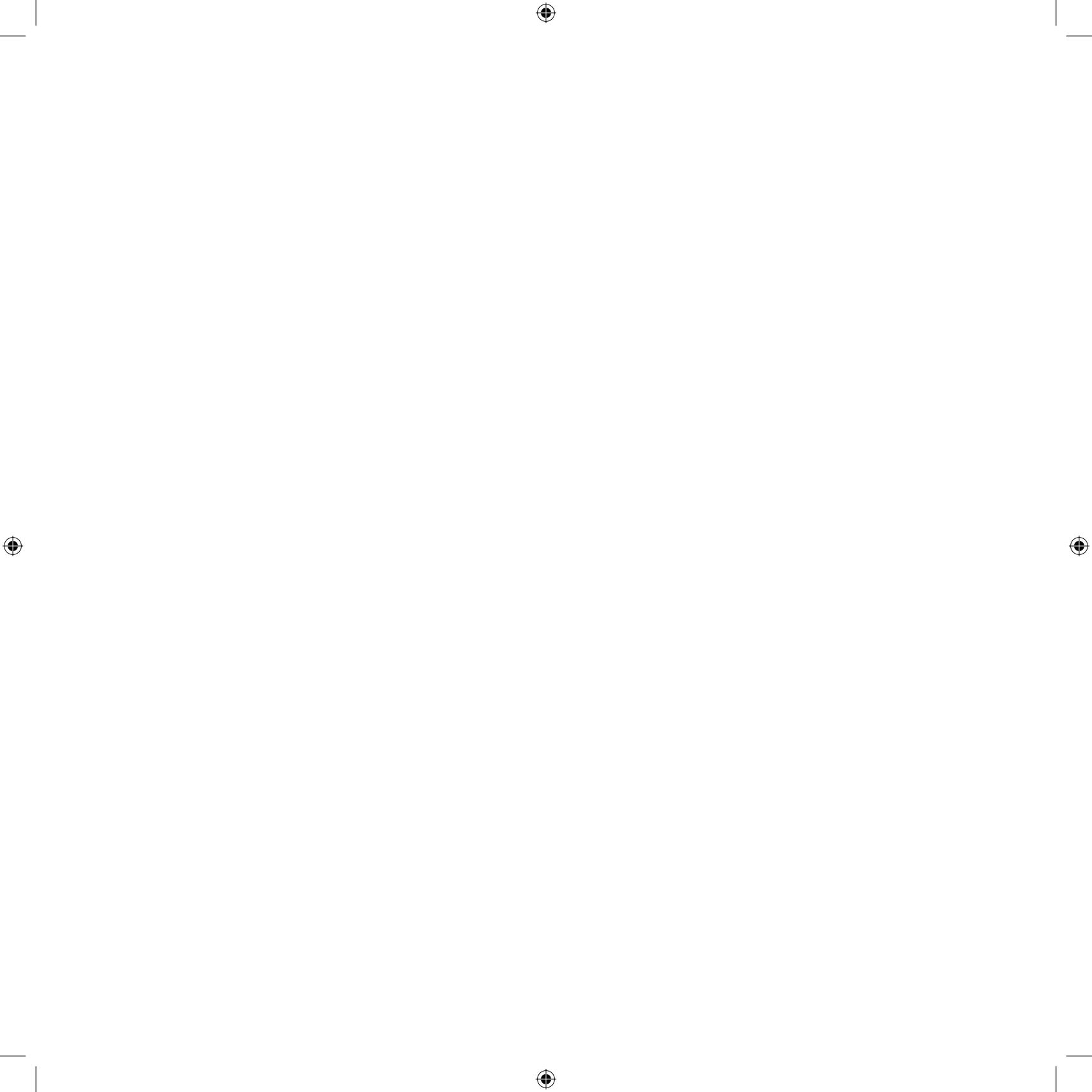
79 Article 723-29 du Code de procédure pénale.

Les mêmes remarques peuvent être formulées à l'égard du répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires, créé par la loi du 10 mars 2010. Ce répertoire est, selon l'article 706-56-2 du Code de procédure pénale, destiné « à faciliter et à fiabiliser la connaissance de la personnalité et l'évaluation de la dangerosité des personnes poursuivies ou condamnées pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru, et à prévenir le renouvellement de ces infractions ». La finalité de ce fichier est donc préventive. La possibilité de renouvellement de l'infraction est ici purement supposée par la nature de la première infraction ; le fichier n'intervenant que pour corroborer l'évaluation de la dangerosité dans le choix d'un autre dispositif. Ce fichier apparaît donc comme un préalable à l'utilisation d'autres mesures, cette fois plus contraignantes. Il a en conséquence permis de constater l'uniformité qui unit les mesures anticipatrices : de la rétention de sûreté à l'étude des fichiers, les catégories de délinquants visées sont toujours peu ou prou les mêmes⁸⁰.

Cette dernière remarque permet de mesurer combien la doctrine du droit pénal de l'ennemi s'est infiltrée en droit positif. L'ennemi est désormais identifiable en droit pénal de fond. Il s'agit des catégories auxquelles est applicable l'anticipation lorsque par son utilisation, les fondements du droit pénal classique sont altérés.

80 Pour cette raison, les applications des différentes mesures sont étroitement liées. Par exemple, la violation des obligations liées à la surveillance de sûreté peut donner lieu à une rétention de sûreté : article 706-53-19 du Code pénal.

PRÉSENCE INTERNATIONALE



DAMIEN SCALIA*

Introduction

À la suite de l'article de Jakobs, paru dans la RSC en 2009¹ et présentant son analyse du droit pénal de l'ennemi (qui nous a réunis en décembre 2013 à Chambéry²), se trouve un article de Muñoz Conde³ intitulé: *Le droit pénal international est-il « un droit pénal de l'ennemi »*?⁴ Après une analyse des éléments de définition que Jakobs donne du droit pénal de l'ennemi et que l'auteur confronte au droit international pénal (qu'il nomme droit pénal international⁵), l'éminent

professeur conclu en ses termes: « Tant dans les temps de paix que dans les temps de guerre, nous n'avons pas besoin d'un droit pénal de l'ennemi, ni d'un droit pénal international de l'ennemi, pour lutter efficacement contre ceux qui attaquent les bases de notre vie en commun, soit à titre individuel en tant que délinquants communs, soit de manière massive avec des actions terroristes; la seule chose dont nous avons besoin, c'est de l'empire du droit, et dans le cadre national, et dans le cadre international; mais d'un droit qui respecte certains principes et droit fondamentaux de l'être humain, et qui cherche, non la vengeance, mais la Justice, une Justice égale pour tous, vainqueurs et vaincus. Ou comme le disent les paroles de l'hymne américain: "With Justice for all!" »⁶. Bref, il conclut, sans trop de modération, que le droit international pénal n'est pas un droit pénal de l'ennemi, allant jusqu'à écrire que « il est évident que la Cour pénale internationale [...] constitue aujourd'hui la seule possibilité pour que le droit pénal international ne devienne pas un 'droit pénal de l'ennemi' et qui plus est un droit pénal de 'l'ennemi vaincu', laissant impunis

* Docteur en droit, Chercheur avancé au Fonds national suisse pour la recherche scientifique et au Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité (CRID&P) à l'UCLouvain. damien.scalia@uclouvain.be.

1 JAKOBS G., *Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi*, in RSC, janvier/mars 2009, pp.7-18.

2 L'auteur tient à remercier les organisateurs (J.-F. Dreuille, J. Ferrand et X. Pin) du colloque « Droit pénal et politique de l'ennemi » (Journées d'études organisées par le Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation (CDPPOC) de la Faculté de Droit de l'Université de Savoie, en collaboration avec l'Institut Rhône Alpin de Sciences Criminelles) qui s'est tenu les 12 et 13 décembre 2013.

3 Professeur de droit pénal à l'Université Pablo Olavide Séville.

4 F. MUÑOZ CONDE, *Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi »*?, in janvier/mars 2009, pp. 19-30.

5 Pour une définition du droit international pénal et une comparaison avec le droit pénal international voy.: R. KOLB, *Droit*

international pénal, 2^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 11-15.

6 F. MUÑOZ CONDE, *Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi »*?, in janvier/mars 2009, pp. 19-30, p. 30.

les puissants vainqueurs⁷. Selon Muñoz Conde, le droit pénal de l'ennemi se caractérise par les éléments suivants : l'application de peines au-delà de l'idée de proportionnalité, l'abolition ou la réduction des droits fondamentaux de l'accusé et la criminalisation des « comportements qui ne présentent pas un réel danger pour des biens juridiques »⁸. Deux éléments s'ajoutent encore, selon l'auteur : la mise en œuvre anticipée du droit pénal ainsi que la condamnation sans réelle forme de culpabilité. Il est admis cependant que le droit pénal ne doit pas répondre concurremment à toutes ces qualifications pour revêtir l'uniforme de droit pénal de l'ennemi.

Muñoz Conde conclut que ces éléments ne se trouvent pas en droit international pénal. Pour lui, le droit international pénal ne juge pas des personnes *ante delictum* et se fonde principalement sur le principe de la répression de la culpabilité et non de la dangerosité. En outre, les principes fondamentaux du droit pénal sont respectés. Malgré les éléments soulevés, il semble que la conclusion mérite d'être tempérée. En effet, plusieurs éléments obligent à se reposer la question de la classification du droit international pénal (appelé aussi droit pénal de la guerre⁹) comme droit international pénal de l'ennemi.

Dans ce cadre, trois points méritent une attention toute particulière. Premièrement, le thème de l'ennemi est à la base de la construction du droit international pénal, qu'il irrigue encore aujourd'hui. Les poursuites et jugements rendus par les juridictions internationales pénales ne s'appliquent principalement qu'à l'ennemi belligérant, qui est aussi le vaincu et qui devient ennemi de l'humanité. Ce constat se double d'une relation

États forts/ États faibles qui s'ajoute à la spécificité de cette branche du droit international (I). Deuxièmement, le droit international pénal rappelle à bien des égards certains éléments matériels du droit pénal de l'ennemi, à savoir le non-respect des principes fondamentaux du droit pénal. Le principe de légalité n'est pas strictement respecté, celui de proportionnalité est difficilement applicable et la subsidiarité du droit pénal est inexistante (en droit international pénal la question n'est plus de savoir si le droit pénal est l'outil nécessaire et indispensable en dernier ressort, mais celle de savoir quel droit pénal – national ou international – doit agir?) (II). Enfin, le droit international pénal se rapproche du droit pénal de l'ennemi par la mise en œuvre de certaines formes de responsabilité qui punissent un individu moins pour ce qu'il a fait que pour ce qu'il est¹⁰ (III). Ces divers éléments obligent dès lors à conclure que si le droit international pénal n'est pas à proprement parler un droit pénal de l'ennemi, il reste un droit de lutte et d'exception, qui partage de nombreux éléments avec le droit défendu par Jakobs.

Précisons, avant de commencer notre analyse, que nous entendons par droit international pénal le droit des crimes dits « les plus graves ». Appliqué par les juridictions internationales pénales, mais aussi par les juridictions pénales nationales, il se caractérise par la répression des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, du génocide et (bientôt) des crimes d'agression¹¹. Nous concentrerons notre contribution uniquement sur le droit international pénal tel qu'appliqué par les

7 *Ibid.*, p. 28.

8 *Ibid.*, p. 20.

9 F. MUÑOZ CONDE, *Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ?*, in janvier/mars 2009, pp. 19-30, p. 24.

10 J.-F. DREUILLE, *Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion*, in Jurisprudence, 2013, pp. 149-165, p. 152.

11 Le crime d'agression est aujourd'hui un « crime dormant » (H. OLASOLO, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 121-170) de la Cour pénale internationale, il devrait entrer en vigueur en 2017 (Statut de Rome, *Résolution RC/Res.6*, treizième séance plénière, (11 juin 2010) art 15bis et 15ter).

juridictions internationales pénales, laissant de côté la répression des crimes internationaux par les juridictions nationales – cela dépasserait notre sujet.

I. Un droit pour juger l'ennemi

Tout d'abord, le droit international pénal intervient principalement, pour ne pas dire uniquement, en temps de guerre (ou conflits armés internationaux et non internationaux) ou à la suite de celui-ci. Que l'on pense ici aux Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg (TMIN) ou pour l'Extrême-Orient (TMIEO) (intervention après la seconde guerre mondiale), aux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY – intervention pendant et après la guerre des Balkans) ou pour le Rwanda (TPIR – intervention après la guerre civile dans laquelle le génocide rwandais a eu lieu) ou encore aux poursuites engagées par la Cour pénale internationale en République démocratique de Congo (intervention après et pendant le conflit en Ituri), en Côte d'Ivoire (intervention après la guerre civile de 2010-2011) ou au Darfour (intervention pendant la guerre civile). La liste est longue et toutes ces actions pénales sont en lien avec un conflit armé et visent donc un belligérant ennemi.

Mais la particularité des actions pénales internationales réside aussi dans le fait que les accusés sont souvent, si ce n'est tout le temps, l'ennemi vaincu. Quelques exemples permettent d'éclairer cette affirmation. Tout d'abord, les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo n'avaient pas compétence pour juger les Alliés mais uniquement les pays de l'Axe. Comme l'énonce l'article 6 du Statut de Nuremberg : « Le Tribunal établi par l'Accord mentionné à l'article 1^{er} ci-dessus pour le jugement et le châtiement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe,

auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants »¹². Les Alliés avaient pourtant commis, eux aussi, des crimes internationaux, que l'on pense ici au bombardement de Dresde, de Hiroshima ou de Nagasaki. En outre, les rédacteurs du Statut de Nuremberg avaient porté une attention spéciale à lier les crimes contre l'humanité avec les autres crimes relevant de la compétence du Tribunal (crimes de guerre et crimes contre la paix)¹³. Cela a permis d'immuniser tout comportement pouvant correspondre à la définition des crimes contre l'humanité qui auraient été commis dans d'autres contextes que la guerre ; comme certains comportements des Alliés, telles que les déportations en URSS ainsi qu'à la ségrégation raciale en œuvre à l'époque aux États-Unis.

Ensuite, plus récemment, si les Tribunaux *ad hoc* (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda) ont bien compétence pour juger tous les crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda¹⁴, aucune poursuite n'a été engagée contre l'OTAN en ex-Yougoslavie (qui a pourtant commis des crimes de guerre notamment en 1999 par le bombardement du Kosovo) ou contre le Front patriotique rwandais (pour lequel de nombreux rapports démontrent les exactions commises), vainqueur de la guerre et qui se trouve aujourd'hui au pouvoir. C'est d'ailleurs là, une des

12 Article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945.

Voy. aussi l'article 1^{er} de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient (Tokyo) énonce : « The International Military Tribunal for the Far East is hereby established for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals in the Far East ».

13 Art. 6-c du Statut du TMIN.

14 En vertu de l'article 7 du Statut du TPIR, la compétence de ce dernier « s'étend au territoire du Rwanda, y compris son espace terrestre et son espace aérien, et au territoire d'États voisins ».

critiques les plus acerbes adressée à l'encontre du TPIR : il n'a jugé qu'une partie au conflit rwandais. En outre, lorsque la Procureure du TPIR a annoncé qu'elle allait mener des enquêtes contre le pouvoir en place, celui-ci a dénoncé cette volonté et elle a subi d'importantes pressions¹⁵. Plusieurs mois plus tard le mandat de la Procureure n'a pas été renouvelé.

Enfin, devant la Cour pénale internationale, seuls les perdants (les anciens ennemis) semblent devoir rendre des comptes : en Côte d'Ivoire, seuls Laurent et Simone Gbagbo et Charles Blé Goudé sont visés par des mandats d'arrêts ou ont déjà été transférés à la Cour pénale internationale ; en République démocratique du Congo seuls les opposants au pouvoir en place sont inquiétés (le premier jugement de condamnation de la Cour pénale internationale a été prononcé à l'encontre d'un dirigeant de la branche armée d'un groupe d'opposition, le *Lord's Resistance Army*¹⁶) ; en Ouganda, seuls les opposants voient des mandats d'arrêts décernés à leur encontre ; en Libye, encore, les accusés sont notamment le fils de Mouamar Kadhafi et Abdullah Al-Senussi, tous deux membres du gouvernement déchu.

Des exceptions pourraient cependant être repérées dans deux situations : au Darfour et au Kenya. Dans les deux cas, des mandats d'arrêts ont été émis contre des politiques toujours en place, d'une certaine manière contre ceux qui ont gagné la guerre (ou les élections pour le Kenya). Néanmoins, les réponses

apportées aux mandats d'arrêts par les protagonistes sont symptomatiques. Le Président du Darfour, M. Al Bashir, a fait savoir depuis ce mandat d'arrêt qu'il ne se rendra pas à la CPI. Il a voyagé depuis dans de nombreux pays et n'a pas été inquiété. Quant au Président du Kenya, lorsqu'il était encore en accusation, il a demandé à ne pas assister à son procès, ce qui lui a été accordé par la Chambre de première instance puis en partie refusé par la Chambre d'appel, qui a estimé qu'il devait être présent à tout le moins à l'ouverture et au prononcé du jugement¹⁷, ce qui est contraire à la lettre de l'article 63 du Statut de la CPI¹⁸. Finalement, les États Parties à la Cour pénale internationale ont confirmé la décision de la Chambre d'appel, en introduisant un nouvel article dans le Règlement de procédure et preuve (article 34 *quater*) : il permet la tenue du procès sans l'accusé pour les personnes exerçant des « fonctions publiques extraordinaires »¹⁹. Cet article est donc écrit pour les vainqueurs qui devraient être jugés par la CPI. Pour finir, les poursuites à son encontre ont été abandonnées²⁰. Ainsi, l'ennemi vaincu de la guerre reste bien le seul inquiété par le droit international pénal.

Cette guerre juridique contre l'ennemi vaincu se double d'une autre guerre qu'il sied ici de mentionner sans s'y attarder : la guerre (ou lutte) contre l'impunité. Ici ce n'est plus l'ennemi passé du conflit armé qui est visé mais un ennemi plus grand (symboliquement) : l'ennemi de l'humanité. Celui-ci est allé à l'encontre

15 C. DEL PONTE, *La Traque, les criminels de guerre et moi*, Paris, Héloïse d'Ormesson, 2009. Voy. aussi Hironnelle, *Carla Del Ponte raconte ses tentatives d'enquête sur le FPR*, 2 avril 2008, consulté in [<http://www.hirondellenews.com/fr/tpirrwanda/178-collaboration-avec-les-États/collaboration-avec-les-Étatsrwanda/6643-020408-tpirrwanda-carla-del-ponte-raconte-ses-tentatives-denquete-sur-le-fpr459>].

16 CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/06-2842, 14 mars 2012.

17 CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled « Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial », ICC-01-09-01/11-1066, 25 octobre 2013.

18 Voy. à ce propos : G. Bitti, « Chronique de droit international pénal », in *RSC*, octobre-décembre 2013, pp. 941-970, pp. 966-967.

19 Résolution ICC-ASP/12/Res.7, 27 nov. 2013.

20 CPI, *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta*, Notice of withdrawal of the charges against Uhuru Muigai Kenyatta, Bureau du Procureur, ICC-01/09-02/11, 5 décembre 2014.

des lois du vivre ensemble en s'en prenant à l'humanité entière par sa volonté d'exterminer un groupe déterminé (génocide) ou une population civile (crimes de guerre ou crimes contre l'humanité). Il est mis au ban de la société et sa réintégration (qu'il soit d'ailleurs jugé coupable ou acquitté²¹) est difficile, voire impossible car empêchée par le droit international.

Ainsi, le droit international pénal « n'essaye pas simplement de punir les délinquants, mais aussi de lutter contre ses ennemis »²², à tout le moins contre les ennemis des dirigeants en place ou contre les ennemis des vainqueurs de la guerre. Le droit international pénal est en l'espèce l'arme d'après la victoire – celle qui achève celui déjà à terre. Dans le droit pénal de l'ennemi, « on cherche à en finir avec ces ennemis par le droit »²³. N'est-ce pas ce qui se passe en droit international pénal ?

II. Des principes fondamentaux malmenés

Comme ont pu l'analyser Jakobs et ses commentateurs²⁴, le droit pénal de l'ennemi se caractérise par le non-respect des principes fondamentaux du droit pénal²⁵. Muñoz Conde cite à ce propos

« l'augmentation de la gravité des peines au-delà de l'idée de proportionnalité, permettant même l'application de "peines draconiennes" »²⁶ (A), mais aussi la violation du principe de légalité (B) et celui de subsidiarité du droit pénal²⁷ (C), pour ne mentionner que ceux-là. Le droit international pénal semble, lui aussi, faire fi des principes fondamentaux du droit pénal.

A. Principe de proportionnalité inapplicable

Le principe de proportionnalité implique une adéquation entre les actes réprimés et la peine infligée. Les statuts des juridictions internationales pénales ne mentionnent qu'une peine (draconienne) pour tous les crimes : la peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à la perpétuité. Historiquement, les tribunaux d'après seconde guerre mondiale pouvaient condamner toute personne reconnue coupable de la peine de mort²⁸. Avec la création des tribunaux *ad hoc*, c'est la peine d'emprisonnement à perpétuité, pour tous les crimes entrant dans leur compétence, qui est instaurée²⁹. Enfin, pour la Cour pénale internationale, l'article 77 mentionne elle aussi une peine de 30 ans maximum, qui peut être aggravée jusqu'à la perpétuité dans des cas spécifiques. Si ces peines peuvent paraître non draconiennes au vu des crimes réprimés par droit international pénal, la proportionnalité n'en est pas pour autant respectée.

Deux éléments doivent ici être mentionnés : d'une part le droit international pénal ne prévoit qu'une seule peine pour tous les crimes entrant dans la compétence de chacun des tribunaux. Ces crimes peuvent néanmoins être de gravités différentes, puisque sont considérés

21 À ce propos, la situation des personnes acquittées par le TPIR est symptomatique : ils sont actuellement maintenus dans une maison à Arusha (Tanzanie), certains depuis 10 ans, alors même qu'ils ont été innocentés et devraient pouvoir retourner dans leur famille. Voy. p. ex. : LYONS B., *Acquitted But Still Not Free*, in IntLawGrrls, 19 mai 2014, consulté in [http://ilg2.org/author/bethlyons2014/].

22 F. MUÑOZ CONDE, *Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ?*, in janvier/mars 2009, pp. 19-30, p. 19. L'auteur explicite ici la pensée de Jakobs sans l'appliquer au droit international pénal.

23 *Ibid.*, p. 22.

24 JAKOBS G., *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, in RSC, janvier/mars 2009, pp. 7-18, pp. 14-16 pour le principe de légalité notamment.

25 Voy. not. Le dossier de la RSC janvier/mars 2010 ; J.-F. DREUILLE, *Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion*, in Jurisprudence, 2013, pp. 149-165 ; F. MUÑOZ CONDE, *Le droit*

pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ?, in RSC janvier/mars 2009, pp. 19-30.

26 F. MUÑOZ CONDE, *Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ?*, in janvier/mars 2009, pp. 19-30, p. 20.

27 *Ibid.*, pp. 26-28.

28 Art. 27 du Statut du TMIN.

29 Art. 24 du Statut du TPIY et 23 du Statut du TPIR.

comme crimes internationaux aussi bien le génocide par extermination que la perfidie par abus d'emblème de la Croix-Rouge. Aucune proportionnalité entre les peine-menaces et les crimes relevant de la compétence des juridictions internationales pénales n'apparaît donc *a priori*.

D'autre part, et *a posteriori*, il sied de relever que la proportionnalité entre les crimes et les peines est bien souvent impossible. Si les juges internationaux reconnaissent l'applicabilité du principe de proportionnalité en droit international pénal (en fixant la peine, ils doivent prendre en considération la gravité de l'infraction³⁰), il est illusoire de croire qu'il est possible de condamner proportionnellement (ou, pour certains auteurs, de façon appropriée³¹) des personnes qui ont planifié un génocide, tuant des milliers de personnes, ou un crime contre l'humanité, torturant des centaines d'individus. À ce stade de criminalité, même la perpétuité ne saurait être proportionnelle. H. Arendt visait cela et écrivait «que l'on ne peut ni punir ni pardonner ces crimes»³². Peut-être faudrait-il condamner les coupables à 500, 1 000 ou 2 000 années de prison comme cela se fait dans certains États, mais il ne s'agit là que de symboles purement illusoires. Il en découle que le principe de proportionnalité n'est pas applicable en droit international pénal.

30 TPIY, *Blaskić*, Arrêt, Chambre d'appel, 20 juillet 2004, § 683 ; TPIY, *Delalić*, Arrêt, Chambre d'appel, 20 février 2001, § 731 ; TPIY, *Kupreškić et al.*, Arrêt. Chambre d'appel, 23 octobre 2001, § 442.

31 F. HARHOFF, «Sense and Sensibility in Sentencing – Taking stock of international criminal punishment», in O. ENGDahl et P. WRANGE (éd.), *Law at war: the law as it was and the law as it should be: liber amicorum Ove Bring*, Leiden, Nijhof, 2008, pp. 121-140 (pp. 1-22), p. 5.

32 H. ARENDT, *La condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Lévy, 1961, p. 271.

B. Respect douteux du principe de légalité

Concernant le principe de légalité, nous ne relèverons que quelques exemples de son non-respect ; ces exemples concernent tant la création de certaines juridictions internationales pénales, qui implique la création d'infractions *a posteriori* de leur commission, que les peines prononçables par les juridictions internationales pénales.

Le principe de légalité énonce que « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise »³³. Selon une jurisprudence admise de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁴, trois critères doivent être pris en considération pour attester du respect du principe : l'accessibilité du droit, la qualité du droit (clarté et précision) et la prévisibilité du droit³⁵.

Historiquement encore, il n'est plus besoin de rappeler que les tribunaux d'après-guerre, tout comme les infractions dont ils avaient à traiter, ont été créés après les crimes qu'ils ont jugés. Si les comportements qualifiés de crimes de guerre et contre la paix étaient illégaux en droit

33 Article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Voy. aussi les dispositions similaires suivantes : article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; article 11 §2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

34 Voy. notamment l'arrêt fondateur en la matière : CrEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête 6538/74, 26 avril 1979. La jurisprudence de la CrEDH concorde la jurisprudence de la Cour interaméricaine relative aux droits de l'Homme (CrIDH, *Ricardo Canese c. Paraguay*, 31 août 2004, § 174) ainsi que celle du Comité des Nations unies pour les droits de l'Homme en charge du respect du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

35 Pour une analyse détaillée du respect du principe de légalité des peines en droit international pénal voy. notamment D. SCALIA, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

international, ils n'étaient pas pour autant incriminés. C'est d'ailleurs une des critiques les plus fréquemment énoncées face à ces juridictions³⁶. Quant aux crimes contre l'humanité, ils n'existaient pas avant Nuremberg.

Plus récemment, c'est encore après la commission de certains crimes qu'ils ont jugé que les Tribunaux *ad hoc* ont été créés (la création, elle-même, par le Conseil de sécurité, pose la question du respect de la légalité³⁷); là aussi des comportements ont été incriminés après leur commission, à l'image de certains crimes en conflits armés non-internationaux. Seule la Cour pénale internationale a été créée avant la commission des crimes que son statut détaille aussi *ante delictum*.

Quant au principe de légalité des peines, il n'est respecté ni par les tribunaux *ad hoc* ni pas la Cour pénale internationale. Même si les rapports ayant entraîné la création des juridictions internationales pénales³⁸ tout comme leur jurisprudence³⁹ reconnaissent l'applicabilité du principe de légalité des peines, celui-ci semble mis à mal. En effet, il est impossible, en droit international pénal, de prévoir quelle peine sera prononcée pour quel crime. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer les peines prononcées par les tribunaux pénaux internationaux (pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda).

36 TMIT, The Tokyo Judgment, The international military tribunal for the far east, 29 april 1946 – 12 november 1948, Tome I, Amsterdam, University press Amsterdam, 1977, *Opinion du Juge Pal*.

37 M.-L. CESONI et D. SCALIA, *Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité: une justice politisée*, in RQDI, 25.2, 2012, pp.27-71.

38 Secrétaire général des Nations Unies, Rapport établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité, 3 mars 1993, S/25704, § 111; Art. 23 du Statut de la CPI.

39 TPIY, *Erdemović*, Jugement portant condamnation, Chambre de première instance, 29 novembre 1996, §38; TPIY, *Tadić*, Arrêt concernant les jugements relatifs à la sentence, Chambre d'appel, 26 janvier 2000, Opinion individuelle du Juge Cassese, §§4 et ss.

D'une part, devant les tribunaux pénaux internationaux, aucune hiérarchie claire n'existe entre les crimes. Ainsi, même si, dans certaines décisions le crime de génocide est analysé comme le « crime des crimes »⁴⁰, certains génocidaires ont été condamnés à des peines bien inférieures à certains individus reconnus coupables de crimes contre l'humanité⁴¹. De plus, entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, les tribunaux ont erré⁴² jusqu'à établir qu'il n'existait pas de hiérarchie *a priori*⁴³.

D'autre part, les critères permettant de fixer la peine sont énoncés de façon peu rigoureuse par les textes constitutifs des juridictions internationales pénales. En vertu des dispositions idoines⁴⁴, différents critères doivent guider la fixation de la sanction pénale : la gravité du crime, la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux internes (de l'ex-Yougoslavie

40 TPIR, *Serushago*, Sentence, Chambre de première instance, 5 février 1999, §15.

41 TPIR, *Serushago*, Sentence, Chambre de première instance, 5 février 1999 en comparaison avec TPIY, *Vasiljević*, Arrêt, Chambre d'appel, 25 février 2004. Voy. aussi: TPIY, *Stakić*, Arrêt, Chambre d'appel, 22 mars 2006, §375. Pour une analyse détaillée de ce problème, voy. O. OLUSANYA, *Sentencing war crimes and crimes against humanity under the International Criminal tribunal for the Former Yugoslavia*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005.

42 Contre une hiérarchie: TPIY, *Stakić*, Arrêt, Chambre d'appel, 22 mars 2006, §375; TPIY, *Aleksovski*, Arrêt, Chambre d'appel, 24 mars 2000, §69; TPIY, *Kunarac*, Jugement, Chambre de première instance, 22 février 2001, §851; TPIY, *Furundžija*, Arrêt, Chambre d'appel, 21 juillet 2000, §§242-243.

Pour une hiérarchie: TPIY, *Tadić*, Jugement relative à la sentence, Chambre de première instance, 11 novembre 1999, §§27-29; TPIR, *Kambanda*, Jugement et Sentence, Chambre de première instance, 4 septembre 1998, §12; TPIR, *Akayesu*, Sentence, Chambre de première instance, 2 octobre 1998; TPIR, *Serushago*, Jugement et Sentence, 5 février 1999, §14.

43 TPIY, *Tadić*, Arrêt concernant les jugements relatifs à la sentence, Chambre d'appel, 26 janvier 2000, §69.

44 Art. 24 du Statut du TPIY, art. 23 du Statut du TPIR et art. 78 du Statut de la CPI.

pour le TPIY et du Rwanda pour le TPIR) ou encore la situation personnelle du condamné. Les juges ont ajouté, au manque de clarté des précédents critères contenus dans les textes, une interprétation très extensible, voire contradictoire (et donc incompréhensible et imprévisible). À l'image des grilles générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux internes qui devaient servir comme sources des peines et donc auraient permis le respect du principe *nulla poena sine lege*, les juges internationaux ont opté pour une interprétation floue de ce critère estimant que ce renvoi au droit interne n'était qu'indicatif, et que les juridictions internationales pénales n'étaient pas tenues de respecter le droit national en matière de pénalité⁴⁵.

Enfin, il en est de même pour les circonstances aggravantes ou atténuantes devant être prises en compte par les juges lors du prononcé de la sanction pénale : à titre d'exemple, la « bonne moralité » a été utilisée tantôt comme circonstance aggravante (arguant que les victimes avaient, avant le conflit en ex-Yougoslavie, confiance en l'accusé et qu'il a abusé de cette confiance)⁴⁶ tantôt comme circonstance atténuante (arguant que l'accusé était une bonne personne avant le conflit)⁴⁷, voire n'a pas

été prise en considération (« la bonne moralité de l'accusé avant les faits n'a généralement que peu d'incidence sur la fixation de la peine »⁴⁸). Il en est de même pour la position hiérarchique qui doit aggraver la peine, mais qui dans certains cas ne semble pas avoir eu de conséquence sur la peine prononcée (l'ancienne Présidente de la République serbe de Bosnie n'a été condamnée, pour crimes de guerre et persécutions, « qu'à » 11 ans d'emprisonnement)⁴⁹. Un autre exemple est fourni par la prise en considération du plaidoyer de culpabilité qui, au titre de circonstance atténuante est censé atténuer la peine, mais n'a parfois entraîné aucune diminution de peine, les accusés ayant été condamné à la privation de liberté à perpétuité⁵⁰.

La jurisprudence n'a dès lors pas permis un meilleur respect du principe de légalité des peines que ce que laissaient présager les dispositions des textes constitutifs. Comme le dit à juste titre A. Garapon : « Le juge anglais est très puissant, mais il est tenu par des précédents comme le juge continental est tenu par la loi. Or, dans la culture de synthèse, sorte de mixte de droit anglo-saxon et continental, qui caractérise les juridictions internationales, le juge [s'est vu] émancipé aussi bien du précédent – il n'y en a pas – que de la loi, qui est très pauvre. La juridiction internationale, qui prend place dans une communauté internationale en voie de structuration, ne se voit bridée ni par l'extériorité du législateur ni par l'antériorité du précédent. Les juges sont encadrés par une coutume internationale qui n'a ni la tradition ni l'abondance de précédent, et par

45 TPIY, *Delalić et consorts*, Jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998 §1192; À titre d'exemple: TPIR, *Kambanda*, Jugement et Sentence, Chambre de première instance, 4 septembre 1998, §23; TPIY, *Furundžija*, Jugement, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, §285; TPIR, *Serushago*, Jugement et Sentence, Chambre de première instance, 5 février 1999, §30; TPIY, *Jelisić*, Arrêt, Chambre d'appel, 5 juillet 2001, §117; TPIY *Hadžihasanović et Kubura*, Jugement, Chambre de première instance, 15 mars 2006, §2075; TPIY, *Stakić*, Arrêt, Chambre d'appel, 22 mars 2006, §398; TPIY, *Milutinović et al.*, Jugement, Chambre de première instance, 26 février 2009, §1160; TPIY, *Popović et al.*, Jugement, Chambre de première instance, 10 juin 2010, §2142.

46 TPIY, *Tadić*, Jugement relative à la sentence, Chambre de première instance, 14 juillet 1997 §59.

47 TPIY, *Plavsić*, Jugement portant condamnation, Chambre de première instance, 27 février 2003, §65.

48 TPIR, *Barayagwiza*, Nahimana, Ngeze, Arrêt, Chambre d'appel, 28 novembre 2007, §1069.

49 TPIY, *Plavsić*, Jugement portant condamnation, Chambre de première instance, 27 février 2003.

50 TPIR, *Rutaganda*, Jugement et Sentence, Chambre de première instance, 6 décembre 1999 (jugement confirmé en appel).

quelques textes qui n'ont ni la cohérence ni la précision du droit interne »⁵¹.

Force est donc de constater une absence de respect du principe de légalité, et non pas une absence du principe de légalité en droit international pénal. Cette absence de respect n'étant cependant pas acceptée, le principe semble redéfini : arguant que celui-ci ne s'applique pas strictement en droit international pénal, les juges ne l'ont pas appliqué ou, à tout le moins, concèdent implicitement qu'il s'applique sans réellement d'effet.

C. Principe de subsidiarité oublié

Enfin, mentionnons brièvement la place du principe de subsidiarité en droit international pénal. Ce dernier ne se présente pas comme le dernier recours, mais comme le premier. En effet, nulle part ce principe n'apparaît dans les statuts des juridictions internationales pénales. Seule une subsidiarité apparaît : est-ce le droit international pénal ou le droit national pénal qui doit agir ? Les autres formes de justice ne semblent que difficilement pouvoir être prises en considération, même devant la Cour pénale internationale, dont les textes pourraient sembler *a priori* plus favorables à de telles formes de justice⁵². C'est ainsi que l'outil pénal est *a priori* la seule (et la meilleure) réponse aux crimes de masses. Si des mécanismes de justice dits transitionnels sont en œuvre dans certains contextes, ils n'apparaissent bien souvent pas comme une réponse alternative au droit pénal mais complémentaire ; ce dernier devant à tout prix être mis en œuvre. Il est présenté comme permettant de répondre à toutes les attentes qui naissent après la

commission de crimes de masses, sans pour autant qu'il y parvienne dans les faits.

Ainsi, certains principes fondamentaux du droit pénal sont mis à mal en et par le droit international pénal, le droit pénal de l'ennemi n'est pas loin.

III. Imputabilité et responsabilité élargies

Le droit international pénal est un droit fondé sur la culpabilité de l'auteur et non sur la dangerosité d'un individu⁵³. En ce sens rien ne le rapproche du droit pénal de l'ennemi. Par contre, l'analyse de certaines formes de responsabilité appliquées en droit international pénal permet de douter de l'adéquation entre imputabilité et responsabilité factuelle. Deux formes singulières de responsabilité ont été mises en exergue et appliquées en droit international pénal : la responsabilité du supérieur hiérarchique et l'entreprise criminelle commune (ECC). Ces deux formes de responsabilité permettent de condamner des personnes dont la responsabilité est discutée et parfois discutable.

La responsabilité du supérieur hiérarchique est une forme de responsabilité s'appliquant aux supérieurs hiérarchiques (militaires ou civils) pour les actes commis par leurs subordonnés. Trois critères doivent être remplis pour qu'elle puisse s'appliquer : le lien (effectif) de subordination, la connaissance ou le devoir de connaissance de la part du supérieur que ces forces commettaient ou allaient commettre un crime⁵⁴ et enfin le fait que le supérieur n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer le crime. Si la doctrine voit généralement dans cette forme

51 A. GARAPON, *Des crimes que l'on peut ni punir ni pardonner*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 60.

52 D. BERNARD, « What does the Rome Statute require from State? Renal Rigidity and Formal Flexibility in the Struggle Against Impunity », in R. KOLB et D. SCALIA, *Droit international pénal*, 2^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 299-317.

53 G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, in RSC, janvier/mars 2010, pp. 69-80.

54 L'article 33 du Statut de la CPI utilise les termes « savait » et « aurait dû savoir » pour la responsabilité du supérieur militaire impliquant une obligation de se tenir informé et de mettre en place un système le permettant.

de responsabilité une responsabilité pour omission⁵⁵, c'est-à-dire une responsabilité pour manquement au devoir de commandement, les condamnations des supérieurs hiérarchiques par les Tribunaux pénaux internationaux⁵⁶ en vertu de cette forme de responsabilité suggèrent qu'il s'agit avant tout d'une responsabilité pour fait d'autrui ou pour ce que le condamné est. En effet, d'une part la jurisprudence accepte un lien très distendu entre les crimes commis et la responsabilité attribuée (le lien de causalité entre l'omission et les crimes n'est pas nécessaire⁵⁷), et d'autre part, les individus sont condamnés pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide et non pour manquement à leur devoir – infraction qui n'existe d'ailleurs pas en droit international pénal. Ainsi, la responsabilité du supérieur hiérarchique « doit être appréciée eu égard aux crimes commis de ses subordonnés : un supérieur hiérarchique n'est pas responsable comme s'il avait lui-même commis les crimes, mais on considère que sa responsabilité est à la mesure de la gravité de ces crimes »⁵⁸. C'est ainsi que le droit international pénal, qui ne punit pas explicitement pour ce que sont les condamnés (contrairement au droit pénal de l'ennemi), semble le faire implicitement.

En ce qui concerne l'entreprise criminelle commune (ECC), elle a été créée par le TPIY au commencement de son activité⁵⁹. Trois types d'ECC

existent en droit international pénal. « Entrent dans la première forme de l'ECC, les affaires où tous les auteurs, agissant dans un but commun, ont la même intention criminelle. Il en va ainsi dans le cas d'un projet de meurtre, conçu par les participants à l'entreprise criminelle commune, qui sont tous animés de l'intention de tuer, même si chacun peut jouer un rôle différent. La deuxième forme est une variante de la première catégorie et elle se caractérise par l'existence d'un système organisé de mauvais traitements. Entrent, par exemple, dans cette catégorie les camps d'extermination ou de concentration, dans lesquels les prisonniers sont tués ou maltraités en exécution d'une entreprise criminelle commune. L'accusé ne participe pas aux crimes eux-mêmes mais est un élément du camp de concentration. Entrent dans la troisième forme d'ECC les affaires impliquant un but commun, celui de commettre un crime, et dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, quoique débordant le cadre du but commun, est une conséquence naturelle et prévisible de sa réalisation. Il en va ainsi dans le cas d'un groupe dont le but ou projet commun est d'expulser par la force et sous la menace des armes les membres d'un groupe ethnique de leur ville, village ou région (afin de procéder à un « nettoyage ethnique »), et qui, ce faisant, abat une ou plusieurs personnes. Si le meurtre n'entraîne pas explicitement dans le cadre du but commun, il était toutefois prévisible que l'expulsion de civils sous la menace des armes pouvait entraîner la mort d'un ou de plusieurs d'entre eux »⁶⁰.

Il sied ici de ne rencontrer que le troisième type d'ECC. Forme dite élargie de l'entreprise criminelle commune, cette responsabilité permet de condamner des individus non pas pour leur action ou omission, mais pour des actes commis par d'autres personnes, sous couvert d'une participation au dessein criminel général

55 O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal, Sources, Incriminations, Responsabilités*, Paris, Pédone, 2012, pp. 401-404.

56 À ce jour, seuls les TPI ont condamné des personnes en vertu de ces formes de responsabilité.

57 Pour les TPIY, voy. O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal, Sources, Incriminations, Responsabilités*, Paris, Pédone, 2012, p. 416. Pour la CPI, un lien de causalité doit exister pour la prévention des crimes mais pas pour la répression (O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal, Sources, Incriminations, Responsabilités*, Paris, Pédone, 2012, pp. 416-417).

58 TPIY, *Halilović*, Jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 2005, § 54.

59 TPIY, *Tadić*, Arrêt, Chambre d'appel, 15 juillet 1999.

60 R. KOLB et D. SCALIA, *Droit international pénal*, 2^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, p. 189.

du groupe. Grandement critiquée par une partie de la doctrine⁶¹, l'ECC semble avoir disparu avec l'adoption du Statut de la CPI, sans être remplacée par des formes de responsabilité plus stricte, comme le prouve l'utilisation de la responsabilité au titre de co-auteur.

Ces deux formes de responsabilités ont été imputées à de nombreuses occasions, sans qu'une culpabilité factuelle directe ne soit toujours réellement présente. Est-on dès lors en présence d'une culpabilité juridique qui va au-delà de ce que connaît le droit pénal? Le droit international pénal, rejoint-il ici le droit pénal de l'ennemi? Un élément de réponse peut être trouvé dans un article de Giudicelli-Delage pour qui le droit pénal de l'ennemi permet de « vider la responsabilité pénale de toute signification, prise qu'elle serait entre une "dangerosité sans culpabilité" et une "culpabilité sans imputabilité" »⁶². Nous trouvons en l'espèce parfois une « imputabilité sans responsabilité factuelle ».

Conclusion

En conclusion de notre contribution, trois remarques doivent être faites. La première concerne une juridiction internationale pénale spécifique que nous n'avons pas abordée dans notre développement: le Tribunal spécial pour le Liban (TSL). L'oubli est conscient tant l'analyse de ce tribunal n'aurait permis aucune nuance à notre propos. Créer en 2007⁶³ pour juger les auteurs de l'attentat contre le Premier Ministre libanais (Rafiq Hariri), en février 2005, le TSL possède tous les attributs du droit pénal de l'ennemi: il a été créé

a posteriori de la commission du crime qu'il doit juger; il n'a été créé que pour juger les auteurs de ce crime; il est uniquement compétent pour juger du crime de terrorisme (élément qu'il partage directement avec le droit pénal de l'ennemi tel que présenté par Jakobs); et il innove avec la mise en place de jugement *in absentia* (ce que ne connaissent pas les autres juridictions internationales pénales). Symptomatique de l'évolution de la justice internationale pénale, il n'en est pas pour autant représentatif. C'est pourquoi nous avons préféré le laisser de côté.

La deuxième remarque concerne les finalités attribuées au droit pénal de l'ennemi: protéger la société et la sécurité, apaiser les victimes et rassurer l'opinion⁶⁴. Ces éléments se trouvent être fondamentalement ceux du droit international pénal: les juridictions internationales pénales visent à protéger la société et la sécurité internationales⁶⁵ (même dans des cas de conflits armés nationaux⁶⁶) et l'opinion publique internationale tout comme les victimes sont des objectifs affichés de cette justice⁶⁷.

Enfin, la troisième remarque a trait au caractère d'anticipation qui définit le droit pénal de l'ennemi. Ce critère ne semble *a priori* pas être rempli par le droit international pénal. Néanmoins, nul ne peut ignorer que ce droit est la continuation de la guerre et que cette guerre témoigne d'une certaine anticipation sur des crimes. Cependant, ce critère reste celui qui empêche de

61 Voy. à ce propos: O. DE FROUVILLE (éd.), *Punir les crimes de masses, Entreprise criminelle commune ou co-action?*, Bruxelles, Anthémis, 2012.

62 G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, in RSC, janvier/mars 2010, pp. 69-80, p. 69.

63 Conseil de sécurité, *Résolution 1757 (2007)*, adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5685^e séance, 30 mai 2007.

64 G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi*, in RSC, janvier/mars 2010, pp. 69-80, p. 69.

65 Cf. les résolutions du Conseil de sécurité mettant en place les tribunaux pénaux internationaux (827 et 955) ainsi que le Préambule du Statut de la CPI.

66 M.-L. CESONI et D. SCALIA, *Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité: une justice politisée*, in Revue québécoise de droit international, 25.2, 2012, pp. 27-71.

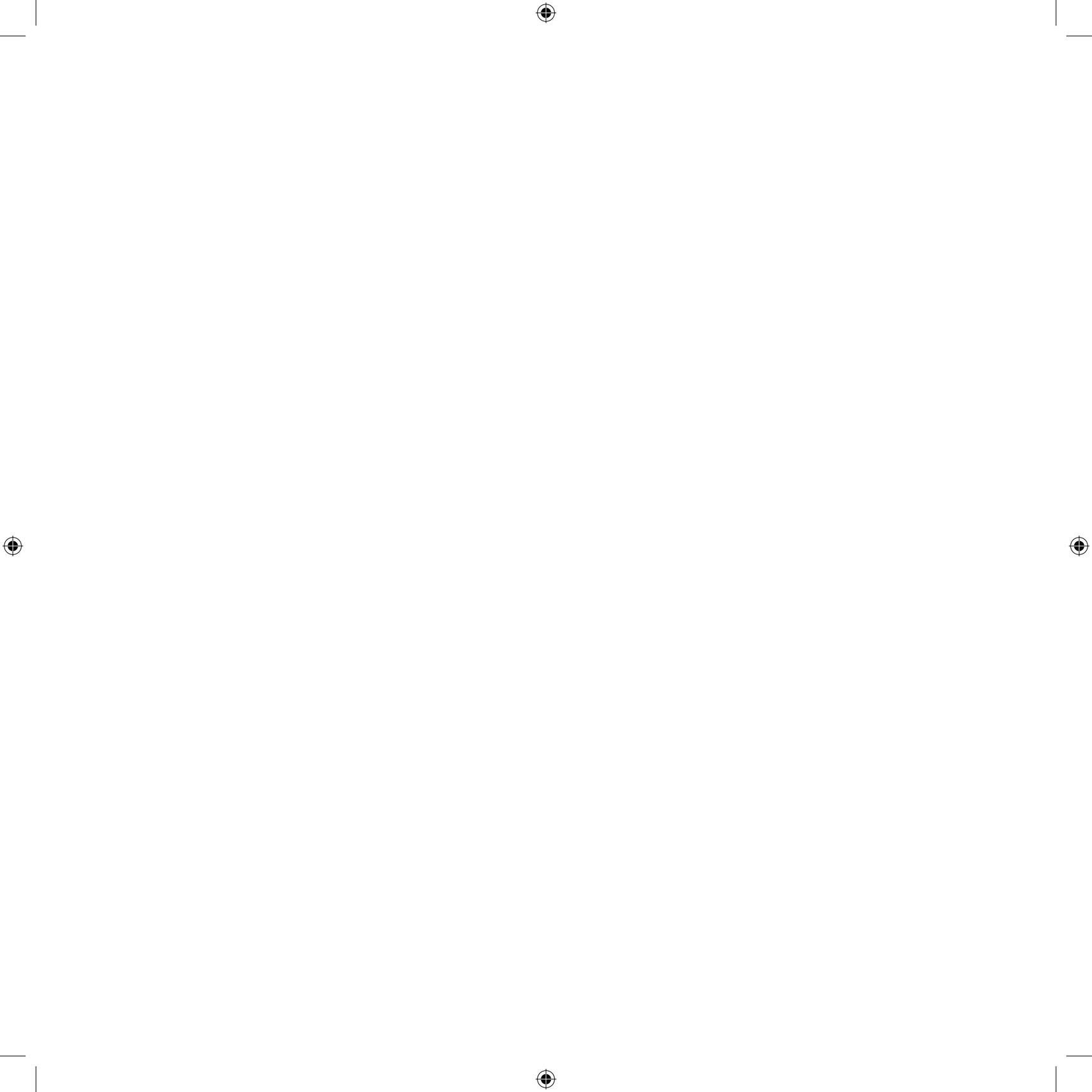
67 D. SCALIA, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

qualifier strictement le droit international pénal de droit pénal de l'ennemi. Ainsi, si le droit international pénal partage plusieurs éléments de définition du droit pénal de l'ennemi, il ne les partage pas tous. À mi-chemin entre droit pénal classique et droit pénal de l'ennemi, le droit international pénal apparaît cependant comme un droit de lutte (contre l'impunité), un droit d'exception. Pour Jakobs, le droit pénal de l'ennemi est une amère nécessité ou une réalité inévitable dans n'importe quel type d'État pour maintenir la fonctionnalité de son système social⁶⁸. C'est là aussi, peu ou prou, l'argument énoncé par les défenseurs du droit international pénal.

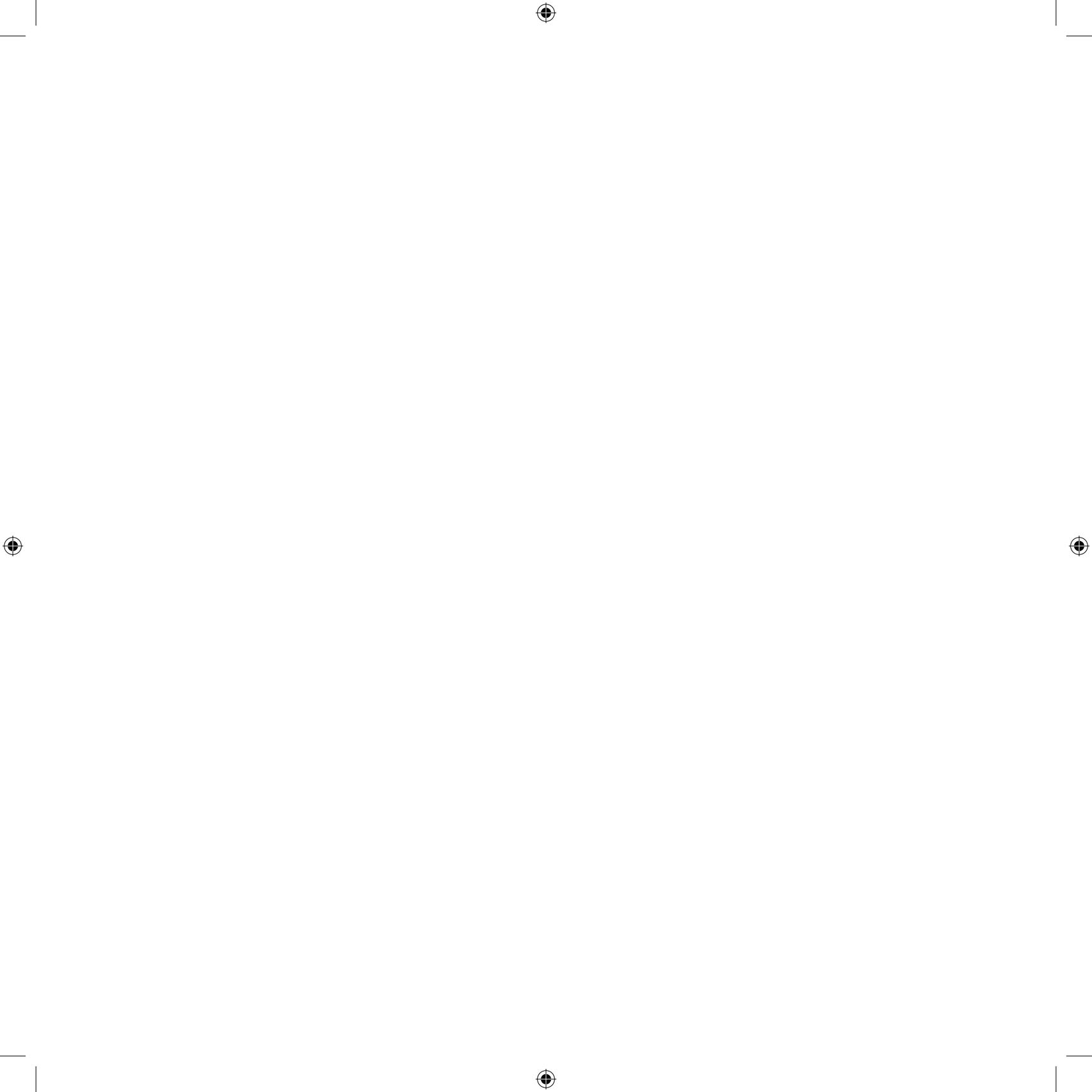
68 F. MUÑOZ CONDE, *Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ?*, in janvier/mars 2009, pp. 19-30, p. 23.

PARTIE 3

L'ENNEMI : CONSTRUCTION ET DÉCONSTRUCTION



CONSTRUCTION DE L'ENNEMI



LA RÉPUBLIQUE SÉCURITAIRE
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

MARTINE KALUSZYNSKI*

La République naissante cherche ses marques; les remous du 16 mai 1877 sont encore proches et les républicains tentent de s'unir. Les divisions sont pourtant nombreuses et les cabinets instables. Mais l'esprit républicain ne vacille pas et dans la tradition gambettiste, l'État prend une part croissante dans la vie économique et sociale. La République des républicains prend forme. Avec la Troisième République, s'ancre en France un chantier législatif de grande ampleur, et la lutte contre la récidive sera une priorité pour le pouvoir en place, soucieux par ailleurs de son "opinion publique" alertée par la presse et les articles relatant ces délits et ces crimes: les faits divers¹: La toute jeune III^e République au pouvoir, pressent que l'ordre social, politique, économique passe par une maîtrise de ses désordres liée à un apprentissage de ce qu'elle considère comme ses valeurs: ordre, stabilité, travail. Dans une société traversée par des bouleversements économiques, sociaux, la gouvernabilité interroge, la vision de l'homme à gouverner ne peut que se transformer. Le criminel est l'homme ingouvernable par excellence.

* CNRS, Institut d'Études Politiques de Grenoble.

1 D. KALIFA, *L'encre et le sang. Récits de crime et société à la Belle époque*, Paris, Fayard, 1995 et *Crime et culture au XIX^e siècle*, Paris, Perrin, 2005.

Ce dernier sera l'objet de discours et de réalisations qui ont pour but ultime de s'adresser à l'ensemble de la société, également visée à travers les savoirs qui émergent, les dispositifs qui s'articulent afin d'élaborer une politique de «gouvernement».

Le crime est au XIX^e siècle la «figure offensive de la monstruosité»² par excellence et comme l'écrivait Bernard Schnapper, la récidive est une obsession créatrice au XIX^e siècle³. Elle va jouer auprès des hommes politiques et de l'opinion publique un rôle assez comparable à la violence moderne. Elle les conduit à s'interroger sur tous les aspects de la justice pénale (législation, système pénitentiaire, police...) et de la question sociale (misère, vagabondage...). La Troisième République va hériter d'un phénomène et d'une réflexion antérieurs mais elle va commencer des pratiques, des politiques, des registres d'action qui deviendront constitutifs de sa philosophie⁴.

2 P. TORT, «L'histoire naturelle du crime». *Le Genre Humain, Les usages de la nature*, Édition Complexe, 1985.

3 B. SCHNAPPER, «La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle», in *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles)*, PUF (Publications de la faculté de droit de Poitiers), 1991, pp 313-351.

4 Pour cet article, nous nous sommes appuyées sur une partie de nos travaux déjà réalisés et qui traitaient de cette question. M. KALUSZYNSKI, «Le criminel à la fin du XIX^e siècle: Autour du récidiviste et de la loi du 27 mai 1885. Un paradoxe républicain», sous la direction de A. GUESLIN, D. KALIFA, *Les exclus en Europe*,

L'avènement de la Troisième République marque pour la première fois l'inscription constitutionnelle et durable des valeurs issues de la Révolution. Les républicains opportunistes en charge du pouvoir ont pour mission d'assurer l'ordre public. Le criminel, mais surtout le récidiviste va potentialiser tous "les fléaux" d'une société "ordonnée" et va devenir la représentation idéale⁵ des formes de l'a-normalité⁶. Les récidivistes, qu'ils soient voleurs, escrocs ou simples vagabonds, constituent pour cette société républicaine un véritable danger. Le récidiviste se retrouvera au cœur d'un dispositif pénal particulièrement bien finalisé. Il va entrer dès lors dans cette catégorie d'un droit pénal visant ceux qui se trouvent rejetés hors du « droit commun »⁷ transportés, relégués, hors du sol métropolitain hors de l'humanité? Menace ou ennemi, Jean François Dreuille amène des

éléments à cette thématique⁸ et montre bien l'indicible frontière entre ces deux notions. Nous voudrions nous interroger sur ce « basculement » à travers la fécondité législative d'une période, connue pour son arsenal de grandes lois de libertés publiques, mais moins connue⁹ (de moins en moins) sur la production foisonnante de ses grandes lois pénales extrêmement sévères et précisément la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes.

Il faut prendre en compte et ensemble les deux aspects¹⁰ de ces législations pour comprendre la nature et l'essence du régime républicain tel que la III^e République l'a mise en œuvre. Des ambivalences et des complémentarités dans les dispositifs mis en place, une répression aiguë alliée à un souci de prévention, une sophistication ; une inventivité et un bricolage (dont la loi sera l'instrument moteur) qui vont former l'identité démocratique républicaine : le Gris de la République.

Les débats contemporains sur la question de la délinquance et la question sécuritaire, incontournables aujourd'hui dans notre espace politique peuvent être ainsi nourris par le travail historique qui vise à réhabiliter la longue durée du politique. Ce faisant, il entend rappeler le caractère artificiel de la césure passé/présent. Comme s'il pouvait y avoir d'un côté le domaine propre de l'histoire et de l'autre celui du sociologue. L'enjeu est bien d'historiciser le débat ou plutôt de rompre avec l'ahistoricité et de contextualiser les catégories d'analyse. L'enjeu est donc bien moins d'investir l'histoire comme

vers 1830-vers 1930, Les Éditions de l'Atelier, 1999, pp. 253-266, M. KALUSZYNSKI, *La République à l'épreuve du crime: la construction du crime comme objet politique, 1880-1920*, Paris, L. G. D. J, 2002, 251 p., M. KALUSZYNSKI, « La récidive, une mise à l'épreuve de la République », in J.-P. ALLINE (sd), *La récidive, représentations et traitement, XIX-XXI*, PUR 2011, pp. 141-154.

5 J.-P. ALLINE, M. SOULA (dir), *Les Récidivistes. Représentations et traitements de la récidive XIX^e-XXI^e siècles*, PUR, 2010.

6 C. Y. DORON, *Races et dégénérescence. L'émergence des savoirs concernant l'homme anormal aux XVIII^e et XIX^e siècles*, thèse philosophie, 2011, 1520 p.

7 C. SCHMITT, *Le Nomos de la terre*, réed., PUF, Paris, 2001. M. DELMAS MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux* Seuil, Paris, 2010 ou le travail de Geneviève Giudicelli-Delage, voir par exemple, « Droit de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi » intervention au Collège de France en juin 2009, éd. in *RSC*, janvier-mars 2010, n°1, pp. 69-81 et ainsi que J. DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », in *RSC*, *op. cit.*, pp. 49-69 et J.-L. HALPERIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », in *ibid.*, pp. 9-17. Voir l'ouvrage riche, argumenté et sans concessions de J.-P. MACHELON, *La République contre les libertés? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1924*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1975.

8 J.-F. DREUILLE, Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion, revue *Jurisprudence - Revue Critique* Tome 3 : Théories du droit, théories de la justice - rupture ou dialogue?, pp 149 à 165.

9 Voir l'ouvrage riche, argumenté et sans concessions de J.-P. MACHELON, *La République contre les libertés? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1924*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1975.

10 A. STORA LAMARRE, *La République des faibles. Les origines intellectuelles du droit républicain, 1870-1914*, Paris, Armand Colin, 2005.

une méthode que comme une culture qui invite à excentrer les interrogations, à produire plus de connexions entre les différentes manières d'aborder l'objet¹¹.

La fabrication d'une catégorie: les récidivistes ou les savoirs en action

L'émergence de savoirs scientifiques à la fin du XIX^e siècle va épauler la décision politique, la récidive deviendra un véritable objet de savoirs. De nombreuses thèses juridiques s'intéressent à cette question de 1862 à 1912, les statistiques judiciaires, la criminologie s'en préoccupent et la « science pénitentiaire s'y attachera avec constance à travers les travaux de la SGP et des congrès pénitentiaires internationaux¹².

La construction statistique de la récidive

L'apparition des premières statistiques judiciaires¹³ françaises est un fait important. C'est à la Restauration où la grande poussée de délinquance des années 1815-1818 inquiète que s'établit au Ministère de la Justice une direction des statistiques qui publie dès 1825 le Compte Général Administratif de la Justice Criminelle (C. G. A. J. C.) Annuel dès cette année,

11 M. KALUSZYNSKI, S. WAHNICH, «Historiciser la science politique», sous la direction de M. KALUSZYNSKI, S. WAHNICH, *L'État contre la politique? Les expressions historiques de l'étatisation*, L'Harmattan, collection Logiques politiques, 1998, pp. 17-33.

12 Voir mon projet en cours M. KALUSZYNSKI, *Les Congrès pénitentiaires internationaux (1872-1950). Circulation des savoirs, formation d'un réseau européen réformateur et construction internationale du champ pénal*.

13 Voir l'article fondateur de M. PERROT, «Délinquance et système pénitentiaire en France au XIX^e siècle», *Annales ESC*, n°1, 1975, pp.67-91. M. PERROT, «M. Perrot, «Premières mesures des faits sociaux. Le début de la statistique criminelle en France (1780-1830)», *Histoire de la Statistique*, Paris, INSEE, 1977, (2e édit. 1987).

ininterrompu jusqu'à nos jours, le C. G. A. J. C. sera au fondement de nombreuses études criminologiques.

En 1880 est publié un rapport additif au compte général de la justice criminelle qui va être d'une grande notoriété¹⁴. Chaque année depuis 1826, le compte général donnait le compte rendu statistique de l'activité judiciaire, ainsi que la proportion du nombre des récidivistes sur celui de la criminalité générale. On pouvait donc, année après année, mesurer la progression du récidivisme, une véritable plaie pour les hommes de droit. C'est l'accroissement du nombre de criminels qui avait en partie décidé Napoléon III à faire voter la loi du 30 mai 1854 sur la transportation en Guyane des criminels condamnés aux travaux forcés. En 1880, le CGJC montre que la rechute s'est accentuée, non pas tellement en matière de crimes, mais de petits délits. Le nombre des courtes peines a progressé d'une façon «effrayante» constate un spécialiste des statistiques auprès du ministère de la Justice, Émile Yvernès. En 1877, le CGJC notait que «l'accroissement du nombre des récidivistes a depuis longtemps frappé la sollicitude des moralistes et des gouvernements de tous les pays: on ne peut qu'exprimer des vœux pour que leurs efforts réunis parviennent à trouver les moyens d'arrêter le développement de cette plaie sociale.»¹⁵

De 1826 à 1880, le nombre total de condamnations s'est élevé de façon moins rapide que celui des sentences prononcées par les tribunaux correctionnels chargés de juger les auteurs de délits. Ainsi en 1825 le nombre des condamnations s'élevait à 58 000, en 1836 à 123 000, et de 1876 à 1880 à 171 000. Par contre le rapport entre récidivistes et criminels s'alourdissait du côté des premiers: en 1856 la France compte un peu plus de

14 M. PERROT, P. ROBERT publié et commenté par, *Compte général de l'administration de la Justice criminelle en France pendant l'année 1880*, Slatkine, Genève, 1989.

15 J-G PETIT, *Histoire de galères, de bagnes et de prisons*, Paris, pp.270-271.

46 000 récidivistes, soit 31% du total des condamnations. De 1876 à 1880, la proportion était montée à 48%, soit plus de 85 000 individus repris de justice¹⁶. Ces chiffres montraient donc aux gouvernants que c'était en fait moins la délinquance, dans sa conception générale, que la perversité, qui s'était accrue, et ce malgré la sévérité de l'Empire. On l'a dit, ce qui agaçait les gouvernants quels qu'ils soient, au XIX^e siècle, c'était la réitération du crime – au sens sociologique de Durkheim de ce que la société considère comme une atteinte à la morale. Mais les opportunistes avaient à faire face au phénomène du multirécidivisme, que nous caractérisons comme la perpétration de plusieurs délits et les condamnations qui s'ensuivent, au cours d'une même année ou d'une courte période. De 1878 à 1880, le nombre total de récidivistes condamnés deux fois ou plus en une année passe de 8 896 à 12 420¹⁷. Ces chiffres alarmants pour le pouvoir étaient appelés à encore augmenter : comme on le verra plus loin, la connaissance de ces statistiques a été à l'origine directe du projet de loi déposé le 16 février par Waldeck-Rousseau et son collègue à la Justice Martin-Feuillée. Le 11 novembre 1882, les nouveaux ministres de l'Intérieur et de la Justice du Cabinet Declercq, Fallières et Devès, présenteront à leur tour un projet de loi relatif à la relégation aux colonies des récidivistes ainsi qu'à l'interdiction de séjour dans le département de la Seine de certains d'entre eux. Toutes ces propositions et ces projets de loi, après avoir fait l'objet de rapports sommaires allaient être pris en considération par la Chambre des députés, et commençaient à être discutés à partir de 1883. Entre-temps, la progression de la récidive avait encore atteint des degrés supérieurs. Deux nouveaux rapports sur l'activité de l'administration de la police criminelle pour les années 1881 et 1882 avaient été

rendus publics. Une circulaire du 15 novembre 1880 avait prescrit aux greffiers de procéder à une révision générale des casiers judiciaire afin d'en retirer tous les bulletins constatant l'effacement des condamnations par de nombreuses amnisties qui s'étaient succédé depuis 1831. Malgré le retrait de près de 76 000 bulletins, le nombre de récidivistes criminels ou jugés en correctionnelle s'était encore accru de 14% entre 1878 et 1881. Au cours de cette dernière année, 51% des criminels traduits devant le jury étaient des récidivistes contre 47%, comme on l'a précédemment vu entre 1876 et 1880, et sept individus sur 10 étaient des voleurs. En 1882, on passait au taux de 52%... Quant aux prévenus récidivistes, la progression était encore plus sensible que chez les accusés : 43% des individus emprisonnés en attente de leur procès étaient en état de récidive en 1881, contre 37% dix ans plus tôt ; et en 1882 on atteignait les 44%. Ainsi, en dix ans, la récidive chez les prévenus avait augmenté du tiers!...

La construction « criminologique » du récidiviste

C'est dans ce contexte qu'apparaît la criminologie française ou l'anthropologie criminelle¹⁸.

La naissance de cette discipline dans sa spécificité est peut-être due à la fragmentation nécessaire, méthodologiquement nécessaire, pour observer l'individu. Les particularités tels le crime, la folie, ces désordres visibles, formes exacerbées d'une humanité vivante, permettent l'analyse de celui sur lequel,

16 *Revue pénitentiaire*, "Rapport du Compte général de la Justice criminelle 1881-1882", mai 1884, p. 537.

17 J-G PETIT, *op. cit.*, p. 271.

18 M. KALUSZYNSKI, *La criminologie en mouvement. Naissance et développement d'une science sociale en France au XIX^e siècle. Autour des Archives de l'Anthropologie Criminelle d'Alexandre Lacassagne*, Doctorat Histoire, 1988, 989 pages M. KALUSZYNSKI, «Savoirs et politiques sur le crime en France sous la Troisième République, l'incontournable alliance», *Sociétés et Représentations*, CREDHESS, 1996, pp. 187-197.

le scientifique s'interroge: l'homme dans sa majorité et dans sa multitude, l'homme gouverné¹⁹.

À une époque tournée vers la science et vers l'homme, des méthodes, des techniques nouvelles apparaissent quasi simultanément avec les idées en germe dans les esprits curieux²⁰. C'est donc à une paternité éclatée que peut se référer la criminologie, dont on peut néanmoins privilégier deux éléments. Aux origines d'une criminologie française, se retrouve la criminologie italienne personnifiée par C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo, elle-même liée à une pensée criminologique antérieure, ou des hommes comme C. Beccaria, A. Lavater, F. Gall ont joué un rôle prépondérant et si un des héritages les plus redoutables de Cesare Lombroso est d'aboutir à une pensée où les criminels constituent une véritable race à part, avec des stigmates de structure précis, biologiques ou psychologiques qui constitueraient une sorte de marque instinctive et indélébile. Un des aspects extrêmement positifs de ces théories est d'avoir imposé l'étude de l'homme délinquant, déplacé le regard du crime vers le criminel et en cela, bouleversé les conceptions du monde pénal, juridique et policier.

Ce que Michel Foucault exprimait ainsi:

«L'expertise psychiatrique, mais d'une façon plus générale l'anthropologie criminelle et le ressant discours de la criminologie trouvent là une de leurs fonctions précises: en inscrivant solennellement les infractions dans le champ des objets susceptibles d'une connaissance scientifique, donner aux mécanismes de la punition légale une prise justifiable non plus seulement sur les infractions, mais sur les individus:

non plus sur ce qu'ils ont fait, mais sur ce qu'ils sont, seront, peuvent être. Le supplément d'âme que la justice s'est assuré est en apparence explicatif et limitatif, il est en fait annexionniste.

Depuis cent cinquante ou deux cents ans que l'Europe a mis en place ses nouveaux systèmes de pénalité, les juges, peu à peu, mais par un processus qui remonte fort loin, se sont donc mis à juger autre chose que les crimes: l'«âme» des criminels. [...]. Une autre vérité a pénétré celle qui était requise par la mécanique judiciaire, une vérité qui, enchevêtrée à la première, fait de l'affirmation de culpabilité un étrange complexe scientifico-juridique»²¹.

Alexandre Lacassagne, au premier congrès international d'Anthropologie criminelle de Rome en 1885 le premier, amorcera la polémique face aux idées de Lombroso, largement adoptées dans un premier temps par la communauté scientifique. Il posera ainsi les jalons d'une pensée nationale en la matière dont un des points fondateurs est la contestation du "criminel-né".

Pour Lacassagne, le crime est sinon un déchet social, tout au moins un produit du "milieu social"²². La société, comme la plupart des corps vivants, a ses parasites et ses microbes: ce sont les criminels. Une conception très médicale, fortement influencée par les théories pasteuriennes, et qui tente d'adapter à la société, au "corps" social, ces lois biologiques applicables à l'être humain: Si le milieu social est tout, et s'il est assez défectueux pour favoriser l'essor des natures vicieuses ou criminelles, c'est sur ce milieu et sur ses conditions de fonctionnement que doivent porter les réformes. Le milieu social est le bouillon de culture de la criminalité, le microbe c'est le criminel, un élément

19 Voir l'incontournable livre de L. CHEVALIER, *Classes laborieuses, classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX^e siècle*. Paris, Plon, nouvelle édition Coll. Pluriel. Livre de Poche, Calmann Levy, 1978.

20 G. LECLERC, *L'observation de l'homme. Une histoire des enquêtes sociales*, Paris, Le Seuil, 1979.

21 M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1979.

22 D'où le nom donné à l'école française: école du "milieu social".

qui n'a d'importance que le jour où il trouve le bouillon qui le fait fermenter, et les sociétés n'ont que les criminels qu'elles méritent et, c'est la société qui fait et prépare les criminels). L'école française s'affirme, en introduisant la perspective "sociale", ne niant pas la réalité biologique du phénomène criminel, mais en refusant la prédominance ou l'exclusivité²³. Par le biais d'une revue, *Les Archives de l'Anthropologie Criminelle*, (1886-1914), la création d'une école de pensée, des méthodes telles que la statistique judiciaire ou l'anthropométrie, l'organisation structurée de congrès internationaux²⁴, se construiront à la fois une "internationale criminologique et juridique" et un savoir légitime sur lequel se fonderont des principes d'action initiant les politiques criminelles. Il va y avoir ici une vraie adéquation entre savoir et politique. Où il est dit « *le crime est la violation d'un droit, c'est-à-dire d'une volonté jugée supérieure (divine, royale, collective) contre laquelle s'est dressée une volonté rebelle et hostile; et cette violation est conçue comme présentant, à des degrés inégaux, ce double caractère d'être un danger social et une souillure sociale – un danger social à prévenir ou une souillure sociale à effacer. Comme un danger social, le crime est réprouvé par utilitarisme, comme souillure sociale par conformisme. Il alarme d'autant plus qu'il exprime chez son auteur une dissemblance morale plus profonde qui l'a rendu réfractaire à l'imitation morale de son milieu* »²⁵.

23 Comme je l'avais déjà écrit dès 1988, ne voyant là aucune exception à l'école française mais le souci d'intégrer une multiplicité de raisons au phénomène Voir L. MUCCHIELLI, *Criminologie, hygiénisme et eugénisme en France (1870-1914)*: débats médicaux sur l'élimination des criminels réputés « incorrigibles » *RFHSH*, 2000, pp. 57-89.

24 M. KALUSZYNSKI, « Les congrès internationaux d'anthropologie criminelle (1885-1914) », *Mil Neuf Cent, Revue d'Histoire Intellectuelle*, Les congrès, lieux de l'échange intellectuel, 1850-1914, 1989, pp. 59-70.

25 G. TARDE, « Qu'est-ce que le crime? », *Revue Philosophique*, 1898, p. 350.

C'est l'homme criminel, le protagoniste du délit qui fera l'objet de la majorité des études criminologiques. Le criminel est découpé, dépecé. Sa personnalité, son tempérament, sa psychologie sont mis en avant. La nature, le sexe et l'âge sont également des critères de réflexion. Trois figures sont au cœur de ce discours: l'enfant délinquant, le nomade, le récidiviste. Pour beaucoup, le problème de la récidive à l'origine restreint au seul domaine judiciaire devient une question sociale à part entière²⁶. Il n'est pas inutile non plus de rappeler que ce qui est dit du délinquant rappelle par certains côtés les propos tenus autrefois sur la folie: Arthur Bordier publie en 1879 un article intitulé "Les crânes d'assassins" dans la *Revue d'anthropologie*, dont l'idée forte est la possibilité de déterminer chez quelqu'un un "instinct" criminel par la seule mesure de sa boîte crânienne. Mais du côté d'Alexandre Lacassagne et *des Archives*, la récidive n'est pas véritablement traitée. C'est ici un délit multiplié, quelles qu'en soient la nature et la forme, et qui du fait de sa reproduction, de sa répétition, devient un délit en soi: le délit suprême. De ce fait, il est présent partout, implicitement, dilué dans les commentaires. Il y a crainte du voleur, du criminel, mais plus encore de celui qui totalise tous ces crimes et les renouvelle: le récidiviste. Celui qui est ainsi visé n'est pas forcément l'escroc habile ou l'assassin, mais le mendiant, le vagabond, multirécidiviste par excellence. On pense bien souvent que certains criminels sont « des natures lâches et paresseuses, des volontés impuissantes. Il y a chez eux une sorte d'aboulie qui les rend incapables de travailler et de lutter »²⁷. Le vagabond étant le modèle de récidiviste²⁸.

26 Discours de Gambetta à Grenoble le 26 septembre 1872, in Pierre BARRAL, *op. cit.*, Les fondateurs de la Troisième République, Paris, A. Colin, 1968, p. 230.

27 A. LACASSAGNE, Préface de l'ouvrage d'E. LAURENT, *Les habitués des prisons de Paris*, Paris, Masson, 1890, p. X.

28 A. FREGIER, « Le vagabond est la personnification de toutes les classes de malfaiteurs... Ces êtres dégradés, cette végétation

La paresse n'est pas la seule raison de ce vagabondage, la crise économique a jeté sur les routes bon nombre de sans travail. A. Bérard, juriste et député de l'Ain, tente de faire une synthèse de l'état du vagabondage en France²⁹. Il fait la distinction entre les nomades, tsiganes bohémiens et les vagabonds. Il donne une vision "mythique" des premiers pour mieux terrasser les seconds. Le "véritable" vagabond, pour Bérard, celui qui constitue un réel danger pour la sécurité publique, celui contre lequel les populations rurales demandent aux pouvoirs administratif et judiciaire de sévir particulièrement, c'est le chemineau, c'est le trimardeur. Il court sur les routes, venant on ne sait d'où, allant on le sait encore moins, lui-même l'ignore le plus souvent, à l'affût de tous les mauvais coups. Bérard voit ce vagabond prêt à commettre toutes les mauvaises actions, en rébellion contre la société, prêt à tous les crimes, vraie bête fauve égarée en un pays civilisé. En même temps, c'est un paresseux, un oisif, ne cherchant jamais à travailler, s'abandonnant au gré des vents et des étoiles, courant les grands chemins, demandant le pain quotidien alternativement à la rapine et à la mendicité. De plus, il reconnaît un caractère d'incorrigibilité, voué d'incurabilité aux vagabonds. Le vol et le vagabondage, voilà d'où l'on part, voilà où l'on revient le plus souvent dans la vie des récidivistes. La difficulté de réinsertion est très peu évoquée. Il semble qu'un cycle infernal, mécanique, entraîne certains délinquants dans la rechute. C'est surtout en termes de répression, d'exercice de la pénalité que cette question du vagabondage, de la récidive est prise en compte. Henri Joly dans *La France criminelle* consacre tout un chapitre

immonde, uniquement préoccupés du moment présent», Ces classes dangereuses de la population dans les grandes villes et les moyens de les rendre meilleures, Paris, Baillière, 1840, pp. 192-193, ou Louis ANDRÉ, *La Récidive*, Paris, Chevalier Maresq, 1892.

29 A. BÉRARD, Premiers résultats de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes, AAC, 1890, "Le vagabondage en France", AAC, 1898.

aux récidivistes. Artisans du désordre, qui pèchent par accident, se relèvent, qui prennent l'habitude de mal faire. «Les appeler incurables serait prononcer un mot cruel et que nous avons le droit de dire injustifié. La langue juridique constate simplement leur état et les qualifie de récidivistes»³⁰. La société mettra au premier plan ce phénomène.

La construction pénale du récidiviste

C'est à l'intérieur de la **Société Générale des Prisons** et de ses travaux que la **science pénitentiaire**³¹ va s'intéresser et très activement à cette question.

La Société générale des prisons est née en 1877, deux ans après la loi sur l'emprisonnement cellulaire, elle-même fruit de réflexions issues de l'enquête parlementaire de 1872³². Elle se trouve placée dans la filiation de la Société royale des prisons fondée par Louis XVIII dans la similitude des buts à atteindre et s'inspire d'un exemple américain : la Société nationale.

En dehors de l'administration pénitentiaire et du conseil supérieur des prisons, la Société vise à la bonne application de la loi de 1875 et par là tente de faire entrer dans les mœurs la réforme pénitentiaire, afin d'en faciliter et d'en généraliser l'exécution. Cette «association d'initiative gouvernementale» dont les statuts sont approuvés par arrêté le 22 mai 1877 est reconnue d'utilité publique en 1889. Impulsant, animant les débats, la Société est un laboratoire d'idées,

30 H JOLY, *La France criminelle*, op. cit., pp. 164-165.

31 M KALUSZYNSKI, «Les artisans de la loi. Espaces juridico-politiques en France sous la III^e République», *Droit et Société* 40-1998, pp. 535-562. M. KALUSZYNSKI, «La science pénitentiaire comme science de gouvernement. Espaces juridiques, réseaux réformateurs et savoirs experts en France à la fin du XIX^e siècle», *Revue d'anthropologie des connaissances* 1/2013 (Vol. 7, n° 1), p. 87-111. URL.

32. Voir J. G. PETIT, *Ces peines obscures. La prison pénale en France 1780-1875*, Paris, Fayard 1990.

permettant une réflexion poussée hors du cadre de l'État et devant aboutir à des propositions susceptibles de faire avancer la réforme pénitentiaire grâce à des changements législatifs. Laboratoire de la législation pénale, la Société s'impose comme une sorte de commission privée, extra-parlementaire, siégeant en permanence.

C'est à partir des années 1840 que le phénomène de la récidive a été perçu comme une expression de la "question sociale" : l'industrialisation, l'exode rural et les crises de production cyclique, sont au début des années 1840, des faits devenus communs.

Mais jusque-là les philanthropes et juristes qui s'étaient intéressés à la récidive, n'avaient posé la question qu'en termes de problème pénitentiaire, problème qu'une réforme des prisons devait conjurer. On sait que la chambre des députés de 1830 avait demandé à Alexis de Tocqueville et à son ami le Comte de Beaumont de procéder à une enquête auprès des prisons américaines, afin de voir si le système pénitentiaire outre-Atlantique pourrait s'appliquer en France. Mais tout au long du siècle, ce fut l'institution carcérale qui se trouvait au centre des discussions. Les spécialistes discutaient plus sur le choix entre l'isolement cellulaire de jour et de nuit (système dit "pennsylvanien"), ou seulement de nuit (système "auburnien"). Certaines propositions avaient été faites pour que soit appliquée en France la méthode irlandaise du régime progressif, mais sans que les pénitentiaristes et hommes s'intéressant à la question ne soient convaincus de son efficacité. La volonté d'engager une vaste réforme du système n'avait pas disparu chez les hommes de la "science pénitentiaire". Et le 11 décembre 1871, alors que le souvenir de la Commune est encore vif, c'est sous le régime du tout nouveau président de la République Thiers que va être initiée une proposition en ce sens. Elle aboutira quatre ans plus tard au vote d'une loi sur les prisons départementales, la loi du 5 juin 1875, dont un rapide examen nous fournira des indications quant aux

motivations des hommes de la Troisième République à faire face au récidivisme.

Le récidivisme est dénoncé comme la plus grande plaie du système pénitentiaire, la preuve par excellence de son inaptitude à remplir trois fonctions assignées à la justice pénale : corriger le coupable, réparer le désordre social, servir d'exemple.

Très tôt, dès 1878, la Société met à son ordre du jour une discussion sur les Moyens de combattre la récidive, rapport du Comte Sollohub³³ puis une enquête sur l'état de la récidive qui paraît dès la même année³⁴ ainsi qu'un article du conseiller à la cour d'appel de Montpellier, Delpech³⁵. 1878 est donc une année qui ouvre le débat sur cette question qui sera sans cesse à l'ordre du jour³⁶ et particulièrement discutée au congrès pénitentiaire de Stockholm³⁷.

La récidive au congrès de Stockholm

Le 20 août 1878 s'ouvre à Stockholm un congrès pénitentiaire réunissant des juristes, criminologues,

33 RP 1878, pp. 342-358.

34 RP 1878, pp. 253-271, RP 1878, pp. 359-374.

35 DELPECH, De l'influence du régime pénitentiaire français sur les récidives, RP 1878, pp. 853-863.

36 1880, Discours prononcé à l'audience de rentrée de la cour de cassation le 3 novembre 1880, *La récidive*, par Petiton, avocat général à la cour de cassation (RP 1880, pp. 697-715).

1881. B. Baker publie *La Récidive* (commentaire de Petiton, Sollohub, etc.) (RP 1881, p. 484-494). Ceci en parallèle avec la proposition de loi contre les récidivistes (RP 1882, pp. 88-90).

1882. Rapport de la Société de patronage des prisonniers libérés protestants "Des mesures de répression projetées contre les récidivistes" (RP 1882, pp. 187-194) par le pasteur Robin.

1882. *La Récidive au congrès de Stockholm*, rapport préliminaire du professeur Wahlberg (RP 1882, pp. 400-444, RP 1882, pp. 544-559), Mémoires du Comte Sollohub et divers.

37 Sur l'ensemble des congrès, voir Nicolas DERASSE, *La récidive dans les congrès internationaux du XIX^e siècle*, in J.-P. ALLINE, M. SOULA (dir), *Les Récidivistes. Représentations et traitements de la récidive XIX^e-XXI^e siècles*, PUR, 2010, pp. 97-113.

hommes politiques, directeurs de prison de tous les pays. Les gouvernements avaient délégué très officiellement des représentants, chargés de présenter à la tribune l'état de leur situation intérieure. Certaines questions abordées témoignent d'un renouveau thématique : lors des débats, un rapporteur russe, M. de Holtzendorff posait la question : « Quelles sont les conditions auxquelles les peines de déportation ou de transportation pourraient rendre des services utiles à l'administration de la justice pénale ? »³⁸. Le thème de la transportation était évoqué et les congressistes allaient lui consacrer de très nombreuses séances. Comme pour les autres questions inscrites au programme du congrès, les délégués de chaque pays étaient conviés à défendre le régime pénal de leur gouvernement. C'était l'occasion de prendre exemple sur ce qui était fait chez les voisins. De nombreux accords furent signés entre les pays afin d'importer certaines méthodes utilisées à l'étranger. Ainsi le rapporteur chargé de l'étude de la transportation, M. de Holtzendorff, allait lui-même faire un discours sur les mérites du système russe : la déportation en Sibérie. Un professeur de droit autrichien, M. Wahlberg, traitait lui de la personnalité du criminel. Se plaçant en ligne droite de l'école positiviste des criminologues italiens, Enrico Ferri, Lombroso – déjà cités –, ou Garofalo, il défendait l'idée du criminel-né, du marginal "congénital". Cette vision anthropologique, si elle ne recevait pas l'approbation de tous, était bien présente à l'état diffus en 1878 à Stockholm. Wahlberg disait dans son rapport sur les moyens de combattre la récidive que « le délit d'habitude est l'expression d'une dépravation physique et morale fondée dans la vie précédente du criminel, et se maintenant dès lors avec ténacité »³⁹.

Cette définition de la récidive habituelle intègre donc la notion de circonstance aggravante, ce qui pour

l'époque était une grande nouveauté. Le Code pénal français punissait bien la récidive, mais de terme à terme (de crime à crime, de crime à délit, de délit à délit), et ne prévoyait pas d'aggravation de la peine par le seul fait d'être en état de récidive. Les articles 56, 57 et 58 du Code pénal de 1811 ne sanctionnaient pas que le seul acte, non pas l'intention du délinquant. Le principe de la proportionnalité des peines aux fautes guidait le législateur. Wahlberg était un juriste reconnu à Vienne mais qui ne faisait là que traduire ce que beaucoup pensaient : le récidiviste est un malade, un aliéné, et en tant que tel devrait faire l'objet de prescriptions quasi médicales. Le remède préconisé par l'homme de loi était le suivant : dans le cas de la récidive d'habitude « la loi devrait prévoir une mesure extraordinaire de pénalité de l'ordre de trente ans »⁴⁰. L'idée de la détention de longue durée appliquée au récidiviste pouvait séduire car la prison était encore le moyen privilégié de lutter contre la criminalité. Mais la philosophie pénale révélée par Wahlberg n'était pas celle de l'école pénitentiaire française. La Société générale des prisons, qui avait envoyé en Suède des observateurs tout en publiant des procès-verbaux des séances dans la *Revue pénitentiaire*, mettait elle aussi au centre de ses réflexions l'institution pénitentiaire. Cependant l'idée d'une détention prolongée, voire à vie du récidiviste était loin de satisfaire. Wahlberg avait évoqué également l'idée de "sociétés d'assurance" contre la récidive. Ce à quoi les pénitentiaristes opposaient des sociétés de patronage destinées à accompagner le délinquant dans sa réinsertion sociale.

Dans son allocution, Wahlberg parle du récidiviste comme d'un malade. Mais il ne va pas au bout de son diagnostic médico-légal : en effet, pour lui, la culpabilité augmente avec la répétition des délits. Or si la volonté de l'individu est aliénée, sa culpabilité n'aurait-elle pas tendance à décroître ? Aucune législation européenne

38 Cf. *Revue pénitentiaire*, 5 juin 1878, p. 615.

39 Cf. *Revue pénitentiaire*, 18 avril 1882, p. 401.

40 *Ibid.*

n'admettait la peine perpétuelle en cas de récidive, si ce n'est en cas de crime. Il est difficile pour un législateur de déterminer à partir de quel seuil quelqu'un peut être qualifié d'"incorrigible". Quant au concept-clé de "société d'assurance" contre le crime, il reprenait l'idée de la préservation sociale, mais en associant la société civile au système pénal. En pratique Wahlberg imagine, dans son rapport, que ces sociétés, des sociétés de patronage en fait, auraient pour membres des cotisants. Ces membres "passifs" paieraient des "actifs" chargés d'aider des détenus dans leur réinsertion, tout en les surveillant. Ces actifs auraient été des patrons, des artisans, etc., qui auraient patronné les anciens détenus, comme le faisaient les comités de patronage en France. Mais les partisans de ces sociétés de sécurité contre le crime n'étaient pas mus par des idées morales ou philanthropiques. L'assimilation entre le phénomène du récidivisme dont il fallait se protéger et l'assurance contre les sinistres matériels était étrangère aux œuvres. Le fait de cotiser pour se prémunir de la récidive est bien symptomatique: le principe était sécuritaire, non pas moral et humanitaire. D'un côté on imaginait une mesure d'hygiène publique, et de l'autre la réintégration au corps social et l'amendement. Entre les deux options des passerelles étaient possibles, mais schématiquement elles illustraient deux conceptions différentes de l'aide à apporter aux libérés. La prévention de la récidive passe donc par la surveillance à la sortie de prison. Le rapport Wahlberg met en évidence une tendance chez certains à raisonner en termes de contagion, de maladie, pour parler de la récidive s'imprégnant des théories criminologiques. Dans *la Revue Pénitentiaire*, un immense rapport de soixante pages traite de **la lutte contre la récidive** en 1882⁴¹. Le projet de loi sur la relégation des récidivistes est examiné ainsi que les dangers de la récidive, les projets du conseil supérieur, l'état actuel de la récidive, sa

répression et les moyens de prévention... En 1883, une grande discussion a lieu autour du rapport sur la récidive, de M. Ferdinand Desportes sur le projet de loi relatif à la relégation des récidivistes⁴². MM. Lajoie, Picot, de Gasté, Ch. Petit, Greffier, Choppin, abbé de Humbourg, prennent part au débat ainsi que G. Dubois, Joret-Desclorisères, le Dr. Lunier, Bonjean, Lacoïnta. La même année, on trouve une proposition de loi sur les moyens de combattre la récidive par M. Bérenger, sénateur⁴³. Cette même année, au moment même où la SGP étudie le projet de loi sur la relégation des récidivistes, une bibliographie de la récidive est publiée⁴⁴ et un article sur la transportation, au Congrès de Stockholm⁴⁵. 1884 voit reprendre la discussion sur la répression de la récidive avec un rapport complémentaire de Fernand Desportes⁴⁶ et la Revue présente la proposition de loi relative aux moyens préventifs de combattre la récidive aux membres de la SGP⁴⁷. On y retrouve des éléments sur l'aggravation progressive des peines en cas de récidive et sur leur atténuation en cas de premier délit⁴⁸ ainsi que des informations sur la loi relative aux récidivistes devant le sénat⁴⁹. L'extrait des rapports sur la justice criminelle pour les années 1881-1882 concernant la récidive en France est également présenté dans la Revue en 1884⁵⁰. Devant cette progression statistique, épaulé par les discours le gouvernement ne souhaite pas en 1881 rester sans rien faire. Le projet de loi présenté par Waldeck-Rousseau en février 1882, et défendu par lui devant les chambres à partir de 1883, manifeste les attentes du pouvoir face au

41 *RP* 1882, pp. 850-926.

42 *RP* 1883, pp. 3-32, pp. 133-1398, pp. 267-278, pp. 378-393.

43 *RP* 1883, pp. 33-88.

44 *RP* 1883, pp. 108-113.

45 *RP* 1883, pp. 176-194.

46 *RP* 1884, pp. 12-30, pp. 123-143, pp. 354-366.

47 *RP* 1884, pp. 382-454.

48 *RP* 1884, pp. 550-562).

49 *RP* 1884, pp. 780-817.

50 *RP* 1884, pp. 536-545.

problème social et désormais éminemment politique de la rechute pénale.

L'examen du projet de loi à la Société générale des prisons

La Société examine attentivement le texte de projet de loi. Par l'intermédiaire de Charles Petit, vice-président de la deuxième section d'études et ancien membre de la commission d'Haussonville, elle avait fait parvenir au gouvernement un projet qui, combiné à la loi de 1875, devait donner des résultats⁵¹. Mais le gouvernement ne l'avait pas retenu et avait publié le sien. Par l'intermédiaire de son secrétaire général, elle prit position, et publia dans la *Revue pénitentiaire* son examen critique de la loi⁵². Il s'appuie sur le *Compte Général Administratif de la Justice Criminelle* récapitulatif des statistiques criminelles des cinquante dernières années. Ce compte général, que montrait-il? Certes, la criminalité avait chuté. Le 30 mai 1854 une loi avait été votée qui condamnait à la transportation aux bagnes d'outre-mer les criminels; elle semblait avoir produit ses effets. De plus, l'amélioration que constituait le casier judiciaire permettait une meilleure saisie statistique. Par contre, la récidive correctionnelle, celle des délits, augmentait sans cesse. Par rapport à 1885, le nombre de personnes condamnées une deuxième fois avait doublé, et ce doublement était surtout le fait de courtes peines, des détenus des prisons départementales⁵³. Fernand Desportes déplorait la gravité de la situation. Pourtant les causes, disait-il, étaient connues: "la contagion corruptrice" au sein des prisons, mais aussi le chômage, l'impossibilité de trouver un travail pour le libéré étaient de grandes causes de

récidive. La surveillance de la haute police – le célèbre "papier jaune" de Jean Valjean dans *Les Misérables* – qui obligeait les ex-détenus à se rendre au poste de police régulièrement était une véritable assignation à résidence. Le casier judiciaire qui incluait lui aussi la méthode du fichage était tout aussi discriminant, puisque la demande de présentation de l'extrait judiciaire était encore mal réglementée. Mendicité, vol, vagabondage et rupture de ban étaient le lot commun de beaucoup de prisonniers. La stigmatisation sociale était pour F. Desportes «une récidive forcée, l'alliée de la misère sociale»⁵⁴. La pauvreté en milieu urbain inquiétait les autorités en ces années de dépression, et le récidivisme paraissait se concentrer dans les grandes villes. À Paris, note Desportes, on comptait un seizième du total des récidivistes du pays. La capitale paraissait être «le refuge des malfaiteurs d'habitude»⁵⁵. L'école pénitentiaire dont Desportes est ici le porte-parole imputait cette situation à l'inertie gouvernementale des républicains. Leur avènement aux commandes de l'État n'avait pas fait avancer les choses en ce qui concerne la réforme pénitentiaire. Les tribunaux correctionnels continuaient de prononcer des peines de prison de très courte durée, souvent moins de six jours et ce délai ne permettait pas à la prison d'agir sur le tempérament des délinquants. La moralisation du détenu étant impossible en dehors d'une refonte du système, le milieu carcéral fonctionnait bien comme une école du vice.

Le remède devait donc être prompt et efficace. Il s'agissait, en reprenant les mots même de Desportes, «de débarrasser le pays du stock de malfaiteurs... en un mot de trancher dans le vif.»⁵⁶. Mais la transportation appliquée aux récidivistes était-elle viable? Le fait que Desportes fut de ceux qui pensaient que la loi de 1854 avait été bénéfique ne laissait pas accroire que tous les

51 Cf. *Revue pénitentiaire*, 6 février 1878, p. 168 et ss.

52 Cf. L'intervention de Fernand DESPORTES in *La Revue pénitentiaire*, décembre 1882, p. 861.

53 En 1851-55, le nombre de condamnés était de 92 764. Un sur trois était récidiviste.

54 *Ibid.*, p. 867.

55 *Ibid.*, p. 879.

56 *Ibid.*, p. 874.

“pénitentiaristes” étaient partisans d’une solution aussi radicale pour les petits délinquants. Desportes notait que la criminalité avait continué à diminuer peu après la transportation de 1854. Mais le reproche que faisait le secrétaire général à cette loi c’était « d’avoir en quelque sorte renversé l’échelle des peines »⁵⁷. À tort ou à raison, en effet les criminels croyaient que le régime colonial était préférable à celui de la Maison Centrale. Certains s’efforçaient donc d’éviter que l’on ne leur donne des circonstances atténuantes lorsqu’ils comparaissaient en cour d’assises. D’autres, au contraire, s’accusaient de crimes qu’ils n’avaient pas commis, simplement pour se faire transporter... Lorsque le gouvernement avait décidé en 1867 de conduire les transportés non plus seulement en Guyane comme il était prévu par la loi du 30 mai 1854, mais également en Nouvelle-Calédonie, le mouvement s’était encore amplifié. Beaucoup prenaient comme une faveur le fait d’être envoyé “à la Nouvelle”... Le coût de la transportation avait également suscité de vives discussions. Alors que la Société générale des prisons priait le gouvernement de débloquer des crédits pour la réforme des prisons, la transportation élargie à de nouvelles catégories de condamnés risquait de grever le budget, et de rendre impossible la loi de 1875. Les sommes nécessaires à l’acheminement par la mer des condamnés, les frais de garde et d’entretien, la construction de logements pour les accueillir à leur arrivée sur l’île agiraient comme un effet d’éviction. Enfin, le gouvernement dans son projet de loi ne s’était pas prononcé sur les modalités du régime de la transportation. Waldeck-Rousseau parlait des “conséquences heureuses” pour la terre d’accueil des récidivistes, ce qui inquiétait Desportes. Ce dernier a d’ailleurs dit à ce propos: « Nous ne saurions admettre l’idée d’une relégation qui ne serait qu’un changement de domicile, (qui) ne servirait qu’à donner aux récidivistes le

goût des voyages »⁵⁸. Pour le secrétaire, la peine envisagée n’était donc ni nouvelle en droit, ni viable. Elle ne serait qu’un élargissement de la loi de 1854, avec tous les effets pervers qu’elle avait eu en France: au lieu d’intimider, elle séduisait les criminels et il n’y avait pas de raisons pour qu’il en aille différemment pour les récidivistes. Tous les membres de l’école pénitentiaire ne partageaient pas l’avis de Desportes quant à l’effet bénéfique qu’avait eu la loi de 1854 sur la criminalité. Mais la plupart rejetaient le projet gouvernemental. La récidive était un mal à combattre mais d’une autre manière. La méthode préconisée par la Société générale qui est contre le projet de loi relève d’une autre philosophie pénale⁵⁹. F. Desportes proposait pour endiguer le récidivisme qu’on le traite au moyen de l’emprisonnement. Il donnait au gouvernement son opinion défavorable quant au projet mais lui soumettait en même temps l’idée d’ouvrir des “maisons de travail”, genre de chambres de sûreté où l’on ferait travailler les récidivistes de force⁶⁰. Le contre-projet des pénitentiaristes était issu d’une conception plus humanitaire de la peine, mais qui finalement choisissait le travail obligatoire à l’exclusion aux colonies. Il était question d’amendement du condamné par le travail. Desportes parlait d’apprentissage d’un métier, de libération provisoire, sans préciser au bout de combien de temps⁶¹. La Société générale des prisons ne peut aller beaucoup plus loin dans l’établissement d’une mesure répressive à court terme. L’essentiel du travail fait au sein de ses sections porte sur le patronage, sur la protection de

57 *Ibid.*, p. 879.

58 *Ibid.*, p. 883.

59 F. Desportes disait: « Nous croyons aux mesures préventives une efficacité bien plus grande qu’aux mesures répressives », cf. *ibid.*, p. 905.

60 Il s’agissait d’un enfermement des récidivistes jusqu’à expiration de leur peine mais, disait Desportes, « assez longtemps pour qu’il soit possible de vaincre leurs habitudes invétérées de paresse et de vagabondage », *ibid.*, p. 306.

61 *Ibid.*, p. 912.

l'enfance, etc. Le projet de loi semblait sacrifier la logique préventive, et c'est cela que la société pénitentiaire voulait éviter. « Pour supprimer la récidive, efforcez-vous de supprimer les causes de la récidive » disait la Société générale des prisons au gouvernement⁶². La loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes est votée et sera publiée en 1885 dans la Revue⁶³. Après cette loi, on trouvera encore des travaux sur cette question au sein de la Revue, mais ce sont des documents plus officiels⁶⁴ qui ne mobilisent plus comme avant 1885.

La récidive au cœur d'un dispositif de sécurité républicain(e). La loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes.

Volonté d'efficacité, protection et répression sont au centre de ces réalisations qui s'inscrivent dans l'esprit des conceptions criminologiques françaises. La loi **du 27 mai 1885 sur la relégation**⁶⁵, celle du 14 août 1885 instituant la libération conditionnelle, (les condamnés ayant accompli trois mois d'emprisonnement si les peines sont inférieures à six mois ou, dans le cas contraire, la moitié de leurs peines, peuvent être mis conditionnellement en liberté), la loi du 26 mars 1891,

toutes répondent fortement aux principes développés par les criminologues⁶⁶.

Outre les tentatives de réformes de la prison qui devaient éradiquer cette dernière, le législateur s'était penché depuis la Révolution sur les moyens de décourager, voire d'éliminer le récidiviste. Le Code pénal de 1791 prononçait la transportation des récidivistes; cette transportation était subie à vie, après que le condamné ait effectué sa peine sur le territoire français. La Convention étendit ses dispositions aux vagabonds par la loi du 24 Vendémiaire An II et 11 Brumaire An II. Les récidivistes condamnés étaient expédiés sur l'île de Madagascar. Cette peine disparut des codes pénaux avec la loi du 23 Floréal An X: elle fut remplacée par la flétrissure.

La loi qui fut proposée après MM. Waldeck-Rousseau et Martin-Feuillée avait donc des antécédents législatifs datant de la Révolution. Les articles 1 et 2 du projet de loi prévoient la transportation des récidivistes en Nouvelle-Calédonie pour vol, abus de confiance, escroquerie, outrage public à la pudeur, excitation des mineurs à la débauche, coups et blessures et pour crime lorsqu'il constitue le premier terme d'une condamnation. Pour être transporté, un individu doit avoir subi, dans un intervalle de dix ans, cinq condamnations à la prison, ou bien deux condamnations à trois mois de prison plus une condamnation pour crime à plus d'un an de prison.

62 *Ibid.*, p. 909.

63 *RP* 1885, pp. 676-714.

64 Par exemple, en 1886, c'est la transportation qui est l'objet de travaux à la SGP. James Nattan propose en deux parties un très long rapport sur cette question (*RP* 1886, pp. 44-83, pp. 488-497). En 1889, plus de débats ni de discussions mais la présentation de rapports examinant la proposition de loi de M. Bérenger sur *L'aggravation progressive des peines en cas de récidive et sur leur atténuation en cas de premier délit*. On trouve encore quelques notes en 1898 (*RP* 1898, pp. 131-136, p. 896) et en 1900 de petits articles sur: l'application de la loi sur les récidivistes en 1898 (*RP* 1900, pp. 516-520), et des moyens de combattre la récidive, Camoin de Vence, *RP* 1900, pp. 968-970.

65 Loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes. Préparation et application. 1885-1889. Archives Nat. Carton F7 12704 - 12705.

66 Ainsi avec la loi 1891, Lacassagne et Martin écrivent que: «Ceux qui ont enfreint accidentellement les lois sociales peuvent racheter leur faute. La loi de sursis est l'application d'une de ces idées humanitaires que les anthropologistes ont su faire valoir dans leurs études.» Tarde est également favorable à cette loi qui peut être féconde si elle est liée à l'extension des sociétés de patronage. Ce système est une façon d'appliquer en quelque sorte l'idée des sentences indéterminées, la peine dure suivant la conduite du détenu, et la garantie de cette conduite, c'est la menace de la réincarcération A. LACASSAGNE, E. MARTIN, "Des résultats positifs et indiscutables que l'anthropologie criminelle peut fournir à l'élaboration ou l'application des lois", Rapport V^e Congrès, AAC, 1901, p. 540.

Un crime social, récidivistes, mendiants, vagabonds

La loi du 27 mai 1885⁶⁷ s'inspire du grand principe de la division des délinquants en deux catégories. Au délinquant primaire, la méthode se veut curative et consiste à donner par des mesures clémentes le désir de s'amender, se reclasser, se régénérer, au contraire, pour le récidiviste⁶⁸, la méthode est d'aggraver le jeu des pénalités et lorsqu'il y a preuve d'une perversité irréductible, les éliminer du milieu social. « Les récidivistes, les endurcis sont des anti-sociaux dont les instincts et les actes répétés peuvent être un danger pour la société. Avons-nous le droit de les reléguer? Nous avons tout au moins celui de nous défendre contre leurs actions nuisibles »⁶⁹. De ce fait l'identification devient la condition élémentaire de la répression et pour que cette politique soit véritablement efficace, elle remet au cœur de sa stratégie, un élément clef, la question de l'identification.

L'identification

Enclenché sous la Troisième République, affirmé sous Vichy, le processus d'identification se consolidera véritablement après le régime pétainiste⁷⁰. Ce processus s'est opéré par la distinction entre citoyens et ressortissants étrangers et ces principes ont été accentués au sein même

de la société par la distinction entre « honnêtes citoyens » et criminels. La méthode anthropométrique permit pour la première fois d'établir scientifiquement l'identité des délinquants et de sanctionner en eux les récidivistes. L'établissement rigoureux des signalements des prévenus, juxtaposé à une technique rationnelle de classement, aboutit à l'instauration d'un fichier judiciaire élaboré et efficace. Ces éléments forment la clef de voûte du système anthropométrique, pratique permettant d'établir dans un premier temps le maintien de l'ordre et la répression, et dans un second temps l'instauration d'une technique (et "politique") républicaine de gouvernement fondée sur l'identité. Dans un contexte pénal, confronté à la lutte contre le crime et la récidive galopante, le gouvernement tente de résoudre ce phénomène problématique à travers différents moyens mis à sa disposition.

La loi du 31 août 1832 a aboli la marque au fer rouge et avec elle tout moyen d'une aussi totale efficacité; il n'est plus question de marquer ou d'essoriller les coupables afin de mieux les reconnaître ensuite. L'identification devient donc la condition élémentaire de la répression⁷¹. L'anthropométrie, en s'attachant à établir scientifiquement l'identité (qualité d'une chose qui fait qu'elle est elle-même et se différencie de toute autre) va s'imposer.

L'anthropométrie, moteur de transformations radicales au sein de la police judiciaire traditionnelle, collaborateur efficace de l'institution pénale, a permis le développement d'un appareillage policier qui assume une logique d'identification des individus qui possède tous

67 Voir le beau mémoire pionnier de D. PHILIBERT, *La relégation des récidivistes. La loi du 27 mai 1885. Une loi républicaine d'exception*, Grenoble, Institut d'Études Politiques de Grenoble, 1993.

68 « La récidive, voilà la véritable plaie sociale; aussi les remèdes que l'on propose ont-ils pour but depuis quelques années de combattre son invasion progressive, d'améliorer les condamnés en transformant le régime pénitentiaire, de frapper les rebelles en majorant les peines des récidivistes, de prévenir les récidivistes, en se montrant indulgent pour les délinquants primaires », EYQEM, *De la criminalité et des lois récentes tendant à en arrêter les progrès* (s. t.), 1893, p. 22.

69 A. LACASSAGNE, E. MARTIN, op.cit. p. 540.

70 P. PIAZZA, *Histoire de la carte nationale d'identité*, Paris, Odile Jacob, 2004.

71 M. KALUSZYNSKI, « Alphonse Bertillon et l'anthropométrie », in *Maintien de l'ordre et police(s) en France et en Europe, XIX^e-XX^e siècles*, éd. Creaphis 1989, pp. 269-285.

M. KALUSZYNSKI, "Republican Identity: Bertillonage as government Technique", sous la direction de J. CAPLAN, J. TORPEY, *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices Since the French Revolution*, Princeton University Press 2001, pp. 123-139.

les critères pour basculer vers une logique de constitution de fichiers, une logique de traçabilité, voire d'une logique de profilage d'individus à risque.

La loi du 27 mai 1885. Projet de loi et argumentaires de choc. Waldeck-Rousseau, Ferdinand-Dreyfus

Ce "rebelle à toute espèce de travail" comme le décrit Waldeck-Rousseau est un danger qui menace cette société dont l'ordre et le travail sont des valeurs établies. On pense bien souvent que certains criminels sont des natures lâches et paresseuses, des volontés impuissantes, incapables de travailler et de lutter⁷². La paresse n'est pas la seule raison de ce vagabondage, la crise économique a jeté sur les routes bon nombre de sans travail. De plus, on reconnaît un caractère d'incorrigibilité, d'incurabilité aux vagabonds. La difficulté de réinsertion est évoquée. "Les appeler incurables serait prononcer un mot cruel et que nous avons le droit de dire injustifié. La langue juridique constate simplement leur état et les qualifie de récidivistes⁷³. La société mettra au premier plan ce phénomène.

Le projet de loi qui va être examiné est une refonte en un seul texte de différents projets déposés au début de l'année 1882⁷⁴. Il reste néanmoins intitulé du nom de celui que Gambetta a chargé en novembre 1881 de

préparer un projet de loi sur la transportation⁷⁵ Waldeck-Rousseau⁷⁶. Waldeck-Rousseau invoque la nécessité d'une loi contre les récidivistes et non pas en leur faveur. Il est très ferme sur le principe de perversité des récidivistes, ce qui implique des mesures spéciales, exceptionnelles comme la relégation, mesures approuvées par l'opinion publique⁷⁷. C'est une mesure de préservation sociale qu'il va défendre, sans aucune pitié pour les récidivistes qui ne sont pas des coupables au sens usuel du mot. Le coupable est celui qui commet une faute et la paie, alors que le récidiviste ne la paie jamais assez. Il est l'ennemi de la société plus encore que le criminel pour le gouvernement⁷⁸. C'est contre le criminel d'habitude, le "criminel de profession" que le projet est dirigé. Combattre la récidive⁷⁹ nécessite une réforme de grande envergure, qui demande du temps. Après avoir constaté le "mal", le projet expose la solution que le gouvernement entend lui apporter.

Il s'agit de la transportation hors du sol de France de tous les petits délinquants.

Cette mesure de sécurité publique serait en même temps un moyen de préservation sociale puisque les milliers de multirécidivistes encourant la transportation ne pourraient pas revenir en métropole. Il s'agit bien d'exclusion. Waldeck-Rousseau sera aidé par Ferdinand-Dreyfus dont les interventions sont extrêmement sévères. Ce dernier voit dans les récidivistes non une

72 Voir A; LACASSAGNE, Préface de l'ouvrage de E. LAURENT, *Les habitués des prisons de Paris*, Paris, Masson, 1890, p. X.

73 H. JOLY, *La France criminelle*, op. cit., pp. 164-165.

74 Suite à des changements de ministère (le cabinet Duclerc avait succédé à celui de Gambetta puis de Freycinet le 7 août 1882). C'est Gerville-Réache qui fera la synthèse et la remettra à la Chambre le 17 mars 1883. Il y avait le texte du ministère Gambetta, plus la proposition de loi de Jullien (déc. 1881), une proposition de loi déposée par Gaston Thompson, député radical gambettiste, et le projet de loi d'Armand Fallières et Pierre Devès déposé le 11 novembre 1882.

75 Le mot relégation n'apparaîtra que plus tard dans les débats, il fut suggéré par J. REINACH, *Les récidivistes*, 1882, p. 145.

76 Membre de l'Union républicaine, avocat, fils d'un juriste réputé, élu député d'Ille-et-Vilaine, Gambetta lui confia le ministère de l'Intérieur en 1881.

77 Annales Chambre des Députés, 1883, p. 119.

78 Waldeck-Rousseau dresse un portrait du récidiviste qui « vit en dehors de la loi commune et qui en prison embauche, recrute, corrompt. », Annales Chambre députés, 1883, pp. 120-122.

79 Waldeck-Rousseau dresse un portrait du récidiviste qui « vit en dehors de la loi commune et qui en prison embauche, recrute, corrompt. », Annales Chambre députés, 1883, pp. 120-122.

classe sociale comme le radical Martin Nadaud, mais un parti organisé en lutte constante contre la République. Ferdinand-Dreyfus rappelle lors de son allocution que les vagabonds et mendiants causent le plus grand trouble à la société, notamment aux populations rurales, partie importante de l'électorat républicain.

Question pénale, question sociale : Martin Nadaud, Clémenceau

Combattant ces arguments, Martin Nadaud ou Clémenceau interviendront au cours de ces débats. Avec Martin Nadaud, la question du récidivisme fut rapidement subordonnée aux questions sociales. Martin Nadaud, proche de Clémenceau, opposé au principe même de la loi, pense que ce n'est pas aux récidivistes qu'il faut s'attaquer mais à la récidive⁸⁰. Il place le débat sur les causes inhérentes à la criminalité, le problème étant autant celui de la pauvreté que de la délinquance. Martin Nadaud finira par adresser au gouvernement une supplique :

« Je vous en supplie, abandonnez votre projet. Commencez par nous présenter des lois en faveur des vieillards, des enfants, organisez des sociétés de patronage... »⁸¹.

Avec Clémenceau, les termes seront les mêmes : la misère et l'ignorance sont les causes de la récidive et il faut développer les écoles. *« Je dis, rajoute Clémenceau, qu'il faut commencer par soustraire l'enfant à l'influence du malfaiteur. Faire disparaître le malfaiteur, c'est faire œuvre inefficace. »⁸²* Quant aux vagabonds, c'est à la misère que l'on s'en prend en le punissant. Clémenceau le défend en ces termes : *« Si vous attaquez le vagabond et la misère*

par des répressions pénales, vous donnez l'apparence de vouloir résoudre la question sociale par la transportation »⁸³. Clémenceau entend le gouvernement parler d'ordre social contre les vagabonds, et il s'en inquiète. Pour lui, il faut commencer par réaliser la réforme pénitentiaire, développer des mesures préventives, transformer en texte de loi la proposition déposée par son collègue Théophile Roussel sur l'organisation du service d'assistance et de protection des enfants abandonnés⁸⁴. Ainsi, les quatre principes fondamentaux de la transportation appliquée aux récidivistes auraient l'avantage de réaliser les objectifs de la justice pénale : la loi comprend la répression des crimes et délits par l'exclusion. Elle prévient de nouveaux attentats à la sécurité des citoyens par l'éloignement. Son article 20 laisse au gouvernement le soin de définir le régime de la vie aux colonies, mais c'est par le travail que le transporté pourra s'amender. L'exemplarité de cette peine sera théoriquement dissuasive pour le reste des délinquants. Ce retour à la législation conventionnelle reste un témoignage de fidélité idéologique et pénale des opportunistes aux glorieux ancêtres de 1789. Mais c'est un retour extrêmement sévère.

Le vote final de la loi

L'examen du projet de loi en première lecture au Sénat sera surtout dominé par la question des lieux de relégation et du coût de l'opération. Lorsque le Sénat étudie le texte en seconde lecture en février 1885, seul l'ancien président du conseil et ministre de l'intérieur Buffet s'inquiète des incertitudes concernant la nature

80 Annales de la Chambre des députés, débats 21 avril 1883, p.24.

81 *Ibid.* p.26.

82 Annales Chambre Députés, 1883, p. 148.

83 Annales Chambre Députés, 1883, p. 148.

84 Le Parlement avait été saisi de la proposition Roussel récemment. Le Sénat s'associera pleinement au projet lorsqu'il l'examinera, mais subordonnera son adoption au vote de la loi contre les récidivistes. Cf. J. REINACH, *La politique opportuniste, 1880-1889*, Paris, Charpentier, 1881, pp.326-331.

de la peine⁸⁵. Un opportuniste, le pasteur de Pressensé, rejoignant l'école pénitentiaire soulignera le risque d'assimilation entre délinquants et simples vagabonds, dans la séance du 9 février⁸⁶. Il sera entendu puisque la seule modification apportée au projet de loi par le Sénat sera la suppression du terme "mendiants"⁸⁷.

En trois jours, du 9 au 12 mai, une déclaration d'urgence accélère l'examen du texte, et on passe rapidement au vote des articles. Le 13 février 1885, 198 sénateurs sur 218 votants adoptent l'ensemble de la loi, 20 seulement ayant voté contre. Le reste du texte fut voté dans son ensemble le 12 mai, par 385 voix contre 52. La relégation des récidivistes faisait son entrée dans la législation française. Votée rapidement, cette loi d'urgence et de salubrité qui voit le récidiviste comme un incorrigible, met en place une peine obligatoire, perpétuelle, laissant à l'appréciation du juge pour les petits récidivistes la possibilité d'être transportés ou non (article 7). La loi du 27 mai 1885 est une vraie loi de sécurité publique et d'exclusion.

La relégation⁸⁸ se différencie de la déportation comme de la transportation, mais fait entrer de

nouvelles catégories de délits dans la liste de ceux qu'elle sanctionne. Elle prévoit de façon précise l'ordre et les délais dans lesquels la récidive est passible de la relégation aux colonies. La peine, grande innovation du projet, sera perpétuelle et sans appel.

**La cible de la loi :
le vagabond, la notion d'incorrigibilité en œuvre**

Le Parlement a beaucoup hésité à sanctionner le vagabondage⁸⁹. Pourtant, le 12 mai, la Chambre votait pour la relégation des vagabonds et des mendiants. Dans la loi, les vagabonds sont traités de façon rigoureuse, on se préoccupe plus de la fréquence que de la gravité des délits. C'est là une différence très importante avec le Code pénal qui tient compte surtout de la gravité des délits. La loi de 1885 réprime la volonté récidiviste; être condamné sept fois signifie pour le législateur la preuve de l'incorrigibilité, l'impossibilité d'amender le vagabond.

Pour tomber sous le coup de la loi, il faut n'avoir ni moyen d'existence, ni domicile, ni profession. Cette définition extensive permettra au législateur d'inclure,

certain que le régime, le traitement auquel les récidivistes seront soumis, variera précisément suivant le caractère, la nature que vous attribuerez à l'expatriation...», J.O., Chambre Députés, 26 avril 1883, débats. L'amendement de Marcou sera accepté, le mot transportation disparaît pour laisser place à celui de la relégation.

89 Le projet de loi primitif de Waldeck-Rousseau et Martin-Feuillée le faisait mais ne donnait pas au juge la possibilité d'en exonérer les mendiants. Le projet de Fallières et Devès choisissait la relégation pour les vagabonds et mendiants lorsque leurs méfaits s'accompagnaient de circonstances aggravantes (port d'armes, etc.). Par contre, les proxénètes et «bonneteurs» (pratiquants de jeu de bonneteau, mêlant adresse et hasard) étaient visés. Lorsque la Chambre étudia le projet, elle alla encore plus loin en intégrant le vagabondage et la mendicité simples. Au Sénat, le sénateur Bérenger demanda que l'on revoie cette disposition, et le 13 février 1885 le Sénat revint au projet Fallières-Devès et à la clause de circonstances aggravantes. Enfin, lors des dernières discussions à la Chambre, les réclamations de deux députés de droite, M^{rs} Freggel et le Comte Albert De Mun furent repoussées.

85 J. O. Sénat, séance du 7 février 1885, p. 69.

86 «Il faut que vous rappeliez, dit Pressensé aux sénateurs, que très souvent les mendiants et vagabonds, que votre loi ne distingue pas des récidivistes vraiment pervers, sont souvent [...] de simples affamés qui ont tendu la main dans l'excès de leurs souffrances et qui sont restés à la rue parce qu'il n'y avait pas de gîte pour eux.», J. O., Sénat, *op. cit.*, p. 69. Le 13 février 1885, 198 sénateurs sur 218 votants adoptent l'ensemble de la loi, 20 seulement ayant voté contre.

87 J. O. Sénat, p. 152. De Pressensé et Bérenger n'ont pas pris part au vote. Buffet a voté.

88 Le mot «relégation» ne figurait pas dans le premier projet présenté à la Chambre. L'article premier débutait ainsi: «La transportation à vie sera prononcée». C'est à un député radical, Marcou, que l'on doit la nouvelle rédaction, à la séance du 26 avril 1883, à la Chambre. Marcou avait déposé un amendement visant à déterminer les conditions que la loi entendait faire aux récidivistes. «Selon que vous appliquerez, disait-il, le mot «transportés» ou le mot «relégués» à ceux qui seront renvoyés au-delà des mers, il est

dans la catégorie des “gens sans aveu”, deux nouveaux types de personnes, les bonneteurs et les souteneurs.

Dès 1878, Charles Lucas⁹⁰ avait fait une critique sévère de la relégation. La notion d'incorrigibilité et les conséquences juridiques à en tirer sont mises en avant. Les criminologues avaient discuté vivement de ces orientations mais les rapports présentés⁹¹ lors des congrès n'avaient pas véritablement tranché, or ici les parlementaires soucieux de traiter rapidement et efficacement de ce problème n'hésitent pas à s'emparer de ces réflexions toujours en discussion, et à les utiliser comme arguments dans le débat.

En parallèle à l'idée d'un déterminisme criminel, la conception d'un critère d'incorrigibilité évacue toute idée de sanction, d'amendement, de réinsertion. Cette optique va être longtemps débattue et fortement contestée mais de fait entérinée par le vote de la loi.

Le législateur ne souhaite pas sanctionner seulement la rechute pénale, mais l'incorrigibilité, l'irréductibilité, voire le « critérium de perversité »⁹². La loi du 27 mai 1885 fait entrer dans le droit la notion de témibilité⁹³ importée par le positivisme italien et R. Garofalo qui en est le promoteur. On juge l'individu, non sur ce qu'il a fait, mais sur ce qu'il est et se trouve capable de faire et,

si son état est dangereux, on le condamne à la relégation comme mesure de protection sociale⁹⁴.

La Tentation eugéniste. Prévention/répression

Cette notion est étroitement liée à la notion de prévention⁹⁵, et proche de la notion, d'état dangereux, de dangerosité: un concept “banal” en psychiatrie au XIX^e siècle, mais nouveau pour la criminologie où il va s'imposer. Peu à peu, il va y avoir élargissement de l'objet à “investiguer” et la personnalité, le milieu, puis la situation, vont être considérés comme dangereux. On ne va plus s'attaquer à l'individu lui-même, avec pour finalité de le traiter, le redresser, le punir, mais on va chercher à agir sur les facteurs susceptibles de le contrarier, de le pervertir. Il suffira de manifester des caractères qui appartiennent ou se rapprochent de ces “facteurs” élaborés comme criminogènes pour devenir un individu suspect. Cette fabrication de “facteurs de risques” servira de référence et induira de nouvelles modalités d'intervention⁹⁶. La dangerosité est à double niveau. Elle concerne les personnes qui vivent la situation et le groupe

90 Ch. LUCAS, *La transportation pénale ou la politique du débarras*, 1878.

91 Au Congrès pénitentiaire international de Saint-Petersbourg en 1890, 11 rapports sont présentés, 5 favorables à l'idée qu'il existe des délinquants incorrigibles et que le droit pénal devrait prendre des mesures spéciales à leur égard. Ils affirment que la notion est d'une incontestable utilité sociale, sans pour autant réussir à trouver la définition d'un critère simple qui permettrait de qualifier l'incorrigibilité, p. 343.

92 E. TEISSEIRE, *La transportation pénale et la relégation*, Paris, 1893, p. 269.

93 Mais cette idée fera des adeptes. Puisqu'au congrès de l'Union internationale de droit pénal tenu à Bruxelles plusieurs criminalistes de France et de l'étranger ont préconisé (sur la proposition du professeur M. Garçon) que la notion de l'état dangereux soit introduite dans la loi. Le congrès a adopté ce vœu.

94 Lacassagne écrivait que des raisons de droit et des motifs scientifiques montrent la nécessité d'adopter cette notion de l'état dangereux « Il est donc indispensable d'indiquer l'état dangereux et, au lieu du point de vue exclusivement juridique, tenir compte en même temps de la défense sociale. » A. LACASSAGNE, *Des transformations du droit pénal et des progrès de la médecine légale 1810-1917*, AAC, 1913, p. 346. Bérard est également un enthousiaste de cette loi qui « a surtout comme résultat d'éliminer successivement de notre milieu social une foule de malfaiteurs d'habitude, qui constituaient un danger permanent pour la sécurité publique. » A. BÉRARD, “Premiers résultats de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes”, AAC, 1890, p. 39.

95 M. KALUSZYNSKI, « L'émergence de la notion de prévention en France à la fin du XIX^e siècle », *Annales de Vauresson*, 1986, pp. 129-143.

96 Le procureur général à Lyon, William Loubat, approuve fortement cette notion pour les individus « dont la présence dans la société constitue une menace permanente pour leurs semblables: récidivistes, incorrigibles, vagabonds et mendiants de profession,

dominant qui la ressent comme une menace à ses propres intérêts. L'objectif visé est d'anticiper, d'empêcher l'émergence d'un événement indésirable. Toutes les méthodes, conceptions participent à cet objectif : de la simple surveillance à l'intervention la plus directe. Anticiper toutes les figures possibles d'irruption du danger, c'est avec cette idée que dès la fin du XIX^e siècle, la stérilisation des criminels est suggérée. Des conceptions déterminées, se fondant sur les théories de l'hérédité et admettant l'existence d'une sorte de transmission héréditaire d'un état dangereux, vont pouvoir justifier cette demande qui s'insère plus globalement dans les conceptions eugéniques⁹⁷. Une santé intellectuelle, corporelle, morale, est exigée, rêvée pour cette société en mouvement. Elle présidera aux destinées des premières conceptions eugéniques du temps, qui fascineront nos criminologues sans pour autant les convertir totalement. La stérilisation humaine, autrement dit, la suppression du pouvoir de reproduction par intervention consciente, est le type même de la mesure eugénique. La question, sur le plan scientifique est intimement liée à la notion d'hérédité. La connaissance scientifique de la transmission des caractères peut seule, en effet, délimiter le champ d'action de la stérilisation et en justifier l'application, qu'on dirigerait vers les "anormaux", les criminels dangereux. Si les États-Unis d'Amérique en ce domaine sont novateurs⁹⁸ jamais aucune législation,

apatrides, souteneurs et antisociaux de toutes sortes», W LOUBAT, Lettre au directeur du Temps sur les demi-fous, AAC, 1913, p. 940.

97 M. KALUSZYNSKI, «Le retour de l'homme dangereux : Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages», *Champ pénal, Champ pénal / Penal Field* mis en ligne le 7 octobre 2008. URL : <http://champpenal.revues.org/document6183.html>.

98 En 1907, l'État d'Indiana est le premier état qui fait voter une loi visant l'hérédité du criminel. Cette loi, promulguant la stérilisation pour les criminels incorrigibles, sera adoptée par la suite, par la Louisiane (qui l'applique aussi «aux idiots et imbéciles»). La Virginie, l'Idaho, l'Utah, l'appliquent aux débiles, épileptiques, aliénés. Voir J. SUTTER, *L'eugénique*, Paris, 1950.

ni aucune application de cette pratique ne vit le jour en France malgré certains articles, peu représentatifs par leurs auteurs et leur nombre⁹⁹.

On sait néanmoins que les milieux scientifiques ou universitaires ne furent pas hostiles à ces conceptions. Leur présence au premier congrès eugénique international organisé à Londres du 24 au 30 juillet 1912, dont l'objectif est "de faire obstacle aux causes d'affaiblissement qui semblent menacer la race humaine quand elle atteint un certain degré de civilisation", en est un parfait témoignage, à voir le Comité français représenté et présent¹⁰⁰. Pour certains, l'objectif de sélection prédomine¹⁰¹. Pour d'autres, c'est au nom du progrès, du bien être, de l'harmonie, que l'adhésion est réalisée. Ce projet, plus ancré dans les discours que dans les pratiques, permet de ne pas oublier l'étroite liaison existant entre la prévention et la répression, passée d'un réflexe instinctif de vengeance à une organisation rationnelle et scientifique de la procédure pénale. La stérilisation des criminels, pratique eugéniste et préventive, nous interroge sur l'ambiguïté de cette notion insaisissable dont le flou permet toutes les digressions. C'est également la terrible ambiguïté de l'utilisation de la science en cette période, outrance d'une scientificisation à l'extrême, enflure des rêves hygiénistes, idéal d'harmonie totale qui peut aboutir au totalitarisme le plus radical,

99 Voir les articles : D. SERVIER, «La peine de mort remplacée par la castration», *Archives d'Anthropologie Criminelle*, 1901, 129-141. R. RENTOUL, «Stérilisation proposée de certaines personnes atteintes de dégénérescence intellectuelle», *Archives d'Anthropologie Criminelle*, 1910, pp. 516-518.

100 Les professeurs Landouzy et Bouchard sont membres d'honneur du comité. On y trouve le Docteur Manouvrier, vice-président, et comme membres du comité : Legrain, Papillault, A. Lacassagne, *Archives d'Anthropologie Criminelle*, 1912, pp. 578-879.

101 Voir Dr. BINET-SANGLÉ, *Le baras humain*, 1918, Paris. Ce dernier y propose «la constitution d'un Institut d'Euthanasie où les dégénérés fatigués de la vie seront anesthésiés à mort à l'aide de protoxyde d'azote ou de gaz hilarant», p. 142.

rejetant les différences n'admettant que l'unicité. La France, malgré les observations d'un Gobineau ou d'un Vacher de Lapouge, "résista" à ces idées, ou tout au moins à leur application.

La loi du 27 mai 1885, la répression par l'exclusion

Les républicains adopteront le 27 mai 1885 une loi condamnant les multirécidivistes à la relégation à vie en Guyane ou en Nouvelle-Calédonie¹⁰², de façon que, même libéré, l'ex-condamné ne puisse pas revenir "contaminer" le corps social national. La peine n'est même plus proportionnelle puisqu'elle sanctionne non plus le simple délit, mais également l'intention de son auteur. Tous sont d'accord pour mettre un terme au "fléau", mais républicains et conservateurs, opportunistes et radicaux d'une part, gouvernants et hommes de science d'autre part, divergent sur les modalités. Des clivages, qu'ils soient politiques ou autres, des oppositions idéologiques et des conflits d'intérêts vont apparaître, laissant voir deux conceptions de la peine, deux conceptions de la société dans son rapport à l'individu.

Le choix de la transportation, c'est-à-dire l'exclusion du récidiviste du sol métropolitain marque la victoire d'une philosophie pénale qui n'est plus axée seulement sur l'emprisonnement¹⁰³. Cette loi sera surtout sévère envers les vagabonds, multirécidivistes par excellence. Elle met au cœur de sa dynamique l'exclusion et valide le caractère incorrigibilité. Objet de nombreuses objections, cette loi votée par une majorité parlementaire opportuniste est un exemple de confrontation des

pouvoirs lors de l'élaboration d'un texte de loi¹⁰⁴. De là peut-être, l'adoption de mesures préventives qui atténueront la force et la violence du choix de la relégation. Un choix qui s'est fait face à un discours alarmiste, et sur la récidive et les récidivistes. Cette loi fut difficile à appliquer, la peine devait toucher essentiellement les petits délinquants récidivistes, elle touchera surtout les criminels. Quant à l'œuvre de la colonisation pénale, elle est également vue de manière très insatisfaisante, surtout en direction de la Guyane¹⁰⁵. Cette loi fut rapidement considérée comme un échec pénal et humain.

La loi du 14 août 1885: la prévention par l'action

Dans un souci de complémentarité ou de logiques liées à la spécificité républicaine, est adoptée en parallèle, une loi sur les moyens préventifs de combattre la récidive, la loi du 14 août 1885. Il n'est plus question d'exclusion mais de libération conditionnelle, de patronage, de réhabilitation. Cette loi sur "l'atténuation des peines" s'ajoute à l'arsenal législatif contre les récidivistes et on pourra observer comment la logique de cette dernière loi tempère la sévérité de la transportation. Loin de s'exclure, les idées directrices de ces deux projets s'associent et se révèlent¹⁰⁶. C'est à R. Bérenger¹⁰⁷, opposé à la relégation,

102 J.-L. SANCHEZ, La relégation des récidivistes: enjeux politique et pénal, in J.P. ALLINNE, M. SOULA, (dir.), *Les Récidivistes. Représentations et traitements de la récidive XIX^e-XX^e siècles*, 2010, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, pp. 155-168.

103 Yvernès en distinguait trois sortes: «les mendiants, les vagabonds, les condamnés en rupture de ban, les petits voleurs», in «La Récidive», *RP*, 1883, pp. 315-328.

104 Loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes. Préparation et application 1885-1889, Archives nationales. Carton F7 12704-12705.

105 P. DISLÈRE, *RP*, mars 1896, pp. 462-463. J.-L. SANCHEZ, A perpétuité. Relégués au bagne de Guyane, Paris, Vendémiaire, 2013, 310 p.

106 Ainsi de la loi du 27 mai 1885, il y a suppression de la peine de haute police et abrogation de la loi du 9 juillet 1852 concernant l'interdiction de séjour dans le département de la Seine et des communes de l'agglomération lyonnaise (art. 6).

107 B. SCHAPPER, «Le sénateur Bérenger et les progrès de la répression pénale en France (1870-1914)», in *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles)*, PUF (Publications de la faculté de droit de Poitiers), 680 p, 1991, pp. 353-370,

qui avait tenté de faire voter par le Parlement un contre-projet basé sur l'aggravation des peines en cas de récidivisme, projet rejeté par le gouvernement, que nous devons la loi du 14 août 1885. R. Bérenger, tout en croyant à l'existence « d'incorrigibles », pense que les délinquants en majorité sont des gens faibles et malléables. Il croit au rôle de l'éducation et à la fonction pédagogique¹⁰⁸.

Cette loi intervient sur les moyens de prévenir la récidive. Dans l'article 7, elle assure aux sociétés ou institutions agréées par l'administration, une subvention annuelle pour le patronage des libérés (en rapport avec le nombre de libérés pris en charge). Dans l'article 8, elle alloue une somme de 50 centimes par jour à chaque libéré conditionnel, pendant un temps égal à celui de la peine restant à courir (sans que cette allocation puisse dépasser cent francs). Cette loi assurera un précieux appui à l'institution du patronage. La société de patronage était conçue au départ pour venir en aide au prisonnier libéré adulte (hommes et femmes) voire au jeune détenu ; elle a de plus en plus dirigé son action vers les enfants et les jeunes¹⁰⁹.

Ces sociétés vont se répartir selon deux modes : la prise en charge de l'individu en danger, avant la possibilité du délit, la prise en charge de l'individu libéré, afin d'éviter sa récidive.

À partir de ces deux modes, on va voir s'opérer un glissement dans les "populations" très spécifiques

108 Comme la Société générale des prisons qui joue un rôle moteur dans ce débat. En 1877, elle lance une grande enquête sur la récidive dont les résultats seront publiés en 1878 dans la Revue Pénitentiaire. Hostile dans son ensemble au projet de loi (F. Desportes, *RP* 1882), la SGP sera totalement représentée lors des débats par le biais actif de deux de ses membres : Ferdinand-Dreyfus et Bérenger.

109 Voir M. KALUSZYNSKI, « La société de patronage. Du pénitentiaire à la philanthropie. Du social au politique », *Archives de recherches sociales d'Aquitaine*, autour du colloque national autour du centenaire de la loi du 24 juillet 1889 relative à la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés, numéro spécial 1989-1990, pp. 41-54.

auxquelles s'adressaient ces sociétés car elles catégorisent, découpent l'individu en caractères précis, selon l'âge, le sexe et la religion. Le patronage qui s'adressait aux détenus libérés va s'intéresser de plus en plus aux jeunes détenus, puis aux enfants délaissés¹¹⁰. Ainsi on observe deux conceptions législatives distinctes mais sans aucune antinomie entre-elles. Loin de s'exclure, les idées directrices de ces deux projets s'associent et se révèlent. Elles procèdent pourtant de deux principes différents (l'exil et la réinsertion) mais au fond défendent le même objectif : éradiquer le récidivisme. Le nombre annuel moyen des réhabilitations sera entre 1885 et 1886 de 1432 seulement¹¹¹. La réhabilitation rendue plus accessible ne sera octroyée qu'à peu de personnes jusqu'à la fin du XIX^e siècle. La procédure est lourde (il faut notamment adresser une demande régulière au procureur de la République), le secret qui l'entoure est souvent mal gardé, néanmoins la loi Bérenger fut considérée comme une réussite. Elle sera à l'origine du vote d'une loi du même type en mars 1891, toujours à l'initiative de René Bérenger, sur le sursis. La loi du 27 mai est une loi d'urgence, celle du 14 août de prévoyance. La relégation n'est-elle qu'un expédient ? Marque-t-elle la victoire du parti de la répression sur celui de la prévention, et la défaite des pénitentiaristes ?

La logique sécuritaire n'est l'apanage de personne. Bérenger, l'initiateur de la libération conditionnelle et de la réhabilitation, est aussi celui qui a proposé l'aggravation des peines en cas de récidive. Georges Clémenceau défend des idées humanitaires, mais il ne peut être taxé de faiblesse ou de sollicitude envers les délinquants. Une fois ministre de l'Intérieur, il se montrera intraitable avec eux. Waldeck-Rousseau enfin se montre très ferme sur

110 M. KALUSZYNSKI, *Un objet: l'enfant en danger moral. Une expérience: la société de patronage*, 1990, Mire-CNRS, Rapport Ministère de la Recherche, avec F. TÉTARD, S. DUPONT-BOUCHAT, 186 p.

111 *RP*, 1882, p. 909.

son projet mais se défend de vouloir faire une loi contre les pauvres. Son intérêt pour les questions ouvrières ne l'y prédisposait pas. Pour qui la loi était-elle faite? « Pour les fils d'ouvriers comme pour les fils de bourgeois » répond-il. Le débat sur la relégation était l'occasion pour les républicains d'en appeler à une réunion des classes sociales autour de la figure du récidiviste.

La récidive au cœur d'un dispositif de sécurité républicaine

L'aspect sécuritaire de la loi, sa très grande sévérité, son caractère obligatoire l'inscrivent dans la liste des grandes lois répressives que la France a connues.

La loi du 27 mai 1885 a uni pratiquement tous les républicains autour d'elle, et a permis le regroupement de la gauche autour du gouvernement. Elle n'est pas uniquement le fruit de quelque républicain en mal d'électorat, elle s'inscrit dans une logique de pensée qui petit à petit se développe au cours du siècle. En quelque sorte, nous avons ici une loi "eugéniste", qui aurait pu amorcer un cycle de lois sécuritaires, mais au même moment, est votée une loi atténuant cette logique. La loi du 14 août 1885 est plus réfléchie, et ne peut produire ses effets qu'à long terme. C'est cependant elle et toutes les mesures préventives prises ultérieurement qui pourront expliquer la stabilisation de la criminalité. La récidive par contre ne baissera pas. La relégation devait terrifier les récidivistes, or son exécution onéreuse, et les effets pervers de l'obligation pour le juge de la prononcer sont les causes directes de son échec.

Ici l'idéologie politique et la justice pénale se rejoignent. La relégation s'inscrit donc dans une double alternative: prévention et exclusion d'une part, amendement et répression d'autre part. La loi est l'instrument privilégié pour le pouvoir, véritable instrument de l'action politique.

La loi (pénale) instrument de l'action politique et réponse à l'opinion publique

Selon Pierre Waldeck-Rousseau, la relégation est une loi de « sauvegarde sociale », c'est-à-dire une loi qui dans l'esprit du ministre de l'intérieur vise à protéger d'abord et avant tout des citoyens nouvellement acquis au régime. Alors que la République cherche à rassembler, le récidiviste ne cesse par son exemple de « corrompre » la jeunesse et les classes populaires et de les amener sur la pente du crime et du délit. Afin d'empêcher « cette contagion, cette inoculation du vice », il faut envisager la relégation comme une loi d'urgence nationale visant à protéger « la partie saine de la population »¹¹² contre des éléments « corrompeurs ». La relégation répond donc à une double nécessité: elle permet de protéger les classes populaires des méfaits des récidivistes et permet en parallèle de les accompagner dans leur apprentissage de la citoyenneté. Le ministre de l'intérieur présente donc tout d'abord la relégation comme une mesure destinée à protéger les plus humbles contre les méfaits des délinquants et des criminels d'habitude¹¹³. Il faut protéger les ouvriers et les paysans des attaques de cette « armée de réserve » et, cette protection est directement réclamée par le peuple selon le ministre de l'intérieur¹¹⁴. On désolidarise le récidiviste des couches laborieuses nouvellement acquises au régime, d'éviter que ces derniers

112 *Ibid.*, p. 312.

113 « Oui, c'est dans les couches populaires qu'on réclame avec plus d'ardeur la transportation des récidivistes, parce que c'est là qu'on souffre le plus de cette plaie sociale. Ce ne sont pas les fils de la bourgeoisie, comme le disait M. le rapporteur, qui en souffrent le plus, ce sont les fils de travailleurs, ceux qui vivent dans un contact forcé avec ces parvenus de la police correctionnelle et du crime, et qui souffrent de la flétrissure que leur inflige ce contact odieux » P. WALDECK-ROUSSEAU *Annales de la Chambre des députés, op. cit.*, séance du 26 avril 1883, JO du 27 avril 1883, p. 120 (Sanchez).

114 « Ce sont eux qui la demandent [...] », P. WALDECK-ROUSSEAU, *ibid.*, séance du 21 avril 1883, JO 22 avril 1883, p. 28.

ne les «contaminent». Ce schéma de pensée s'intègre dans une vision organiciste du corps social où les notions «d'imitation sociale» et de «milieu» imprègnent la réflexion. C'est en ce sens qu'il faut comprendre cette loi comme une loi de salubrité publique, «d'assainissement social», comme la définissent ses partisans. Il s'agit de «nettoyer» les rues dans une visée d'hygiène sociale, la loi sur la relégation agissant ainsi de manière «prophylactique» sur la criminalité. La relégation est donc une mesure préventive à prendre «vis-à-vis de ces éléments extérieurs, de ces agents de corruption qui exercent sur les jeunes générations des classes laborieuses» une «influence néfaste et délétère»¹¹⁵. La relégation entend ainsi s'ériger en rempart pour protéger les premières victimes des récidivistes, les enfants et les adolescents issus des classes populaires. Elle accompagne et préserve tout à la fois la mise en place de mesures visant à secourir et à éduquer les enfants qui sont prises à la même époque par les gouvernements républicains. L'enfant devient la cible de l'attention du régime et il faut l'accompagner dans son apprentissage de la citoyenneté. Le projet politique porté par les républicains a donc pour objectif de créer une communauté politique en associant les couches populaires aux destinées de la nation grâce à l'octroi du suffrage universel et de droits économiques et sociaux. Cette nouvelle communauté associe les anciennes «classes laborieuses/classes dangereuses» à l'exercice politique. Les notables des différents régimes n'ont eu de cesse de regarder le peuple comme profondément «immoral» et par là dangereux.

La loi, fondement du pacte républicain

La loi sur la relégation est une mesure pénale qui s'inscrit dans un projet politique global républicain. En protégeant les classes populaires et les plus jeunes

du contact «corrupteur» des récidivistes, la loi sur la relégation permet d'établir une exclusion de fait entre les citoyens et les criminels qui mettent en péril le socle et l'alliance que cherche à établir le nouveau régime. Le débat sur la relégation est l'occasion pour les républicains d'en appeler à une réunion des classes sociales autour de la figure du récidiviste. Cette loi entend également rassurer une opinion publique particulièrement inquiétée par le thème de l'insécurité. La loi du 27 mai 1885 est une loi républicaine parce qu'elle répond aussi à la définition opportuniste du mot «prévention». Les expressions «sécurité publique», «préservation sociale» reviennent constamment dans les propos des orateurs de gauche comme de droite. Ceci s'explique très bien parce qu'à l'époque, l'élimination des récidivistes est considérée comme une assurance contre un sinistre social. Ici l'idéologie politique et la justice pénale se rejoignent.

L'élasticité de la loi.

Du «criminel» à l'ensemble de la société

La loi sur la relégation des récidivistes possède également une vertu didactique auprès du plus grand nombre. La relégation réduit paradoxalement le cercle des exclus en concentrant sur la figure du récidiviste une partie de «l'opprobre national» et permet de renforcer les liens d'appartenance des nouveaux venus au sein du giron républicain. La relégation s'accompagne ainsi de mesures de prévention du crime comme la libération conditionnelle, mais également de mesures sociales de plus grande ampleur, dépassant le strict cadre du domaine pénal. Ce dernier semble pour les républicains opportunistes solidaire de l'instruction et de l'assistance aux plus démunis et le pénal, et donc la relégation, forme en quelque sorte un des chapitres de la question sociale.

«[...] il y a une solidarité étroite, indiscutable entre ces différentes lois qui touchent à l'homme sous son triple aspect, physique, intellectuel, moral; entre

115 P. WALDECK-ROUSSEAU, *ibid.*, p. 123.

ces lois sur l'instruction qui s'appliquent à l'enfance, ces lois d'assistance et de prévoyance qui s'appliquent à la vieillesse, et ces lois pénitentiaires qui sont des moyens d'assainissement et d'hygiène morale»¹¹⁶. La transportation, sera abrogée par un décret-loi du 17 juin 1938.

La déportation a été définitivement supprimée du droit français sous De Gaulle, par une ordonnance du 4 juin 1960. Cet arsenal juridique va subsister au-delà de son but originel et on observe que ces lois mises en place dans un contexte précis peuvent avoir vocation à s'engager dans les luttes futures de la République contre ceux qui useraient des moyens illégaux contre l'ordre social existant.

La III^e République correspond à l'affirmation et à la mise en place d'un système politique complet qui est presque entièrement nouveau. Les tentatives républicaines antérieures sont déjà lointaines et, pour la première fois, ce régime va avoir l'occasion de durer, de s'enraciner.

La norme juridique comme forme républicaine de contrainte sociale

Nous avons l'image des grandes lois républicaines votées dans les années 1880. Ainsi, la loi du 30 juin 1881 permit la tenue de réunions publiques sans autorisation, elle apposait seulement une déclaration préalable et la constitution d'un bureau. De même, la presse obtint, par la loi du 29 juillet 1881, un régime extrêmement favorable. En 1884, la liberté syndicale fut accordée et dans un même temps des lois très sécuritaires émergent les inscrivant dans la liste des grandes lois répressives que la France a connues.

La saisie du politique, en particulier par le biais de la construction de la loi, apparaît alors comme la traduction d'enjeux sociaux majeurs et de luttes de pouvoir ou d'influence.

Cette conception du droit comme rempart contre la barbarie (et les barbares) a semblé porter la République à traduire le danger auquel était confronté, non seulement pour sanctionner ce qu'elle définissait comme un délit mais aussi pour « encadrer » symboliquement un groupe.

Cette utilisation de la loi, outre le besoin de normaliser un groupe, représente un outil de gouvernement puissant pour un régime dont les fondements restent fragiles. Les processus d'autocélébration du régime seront bien réels entre autres par ces lois très fortes qui concourent à donner de cette répression une dimension beaucoup plus large que la simple volonté de défense de l'ordre social.

Cette répression symbolise un nouvel « art de punir » basé autant que possible sur les fondements l'État de droit et sachant s'accommoder d'entorses aux règles tant que celles-ci ne sont pas trop visibles, ou bien dissimulés.

Ainsi, passant par la loi, après avoir construit l'objet de leur répression de manière à lui faire induire nécessairement certaines formes répressives, les républicains vont pouvoir montrer leur respect des valeurs démocratiques tout en établissant des restrictions aux libertés publiques à l'encontre de certains sujets jugés trop dangereux pour la société dans son ensemble. Les enjeux apparaissent encore comme multiples. Dans une République qui n'a pas vraiment de constitution, ce sont les grandes lois qui ont servi de textes fondateurs, sur la liberté de la presse, 1881, sur l'école 1881-1882, sur les syndicats 1884, sur la liberté d'association 1901, sur

¹¹⁶ P. WALDECK-ROUSSEAU, *Annales de la Chambre des députés, op. cit.*, séance du 21 avril 1883, JO du 22 avril 1883, p. 31.

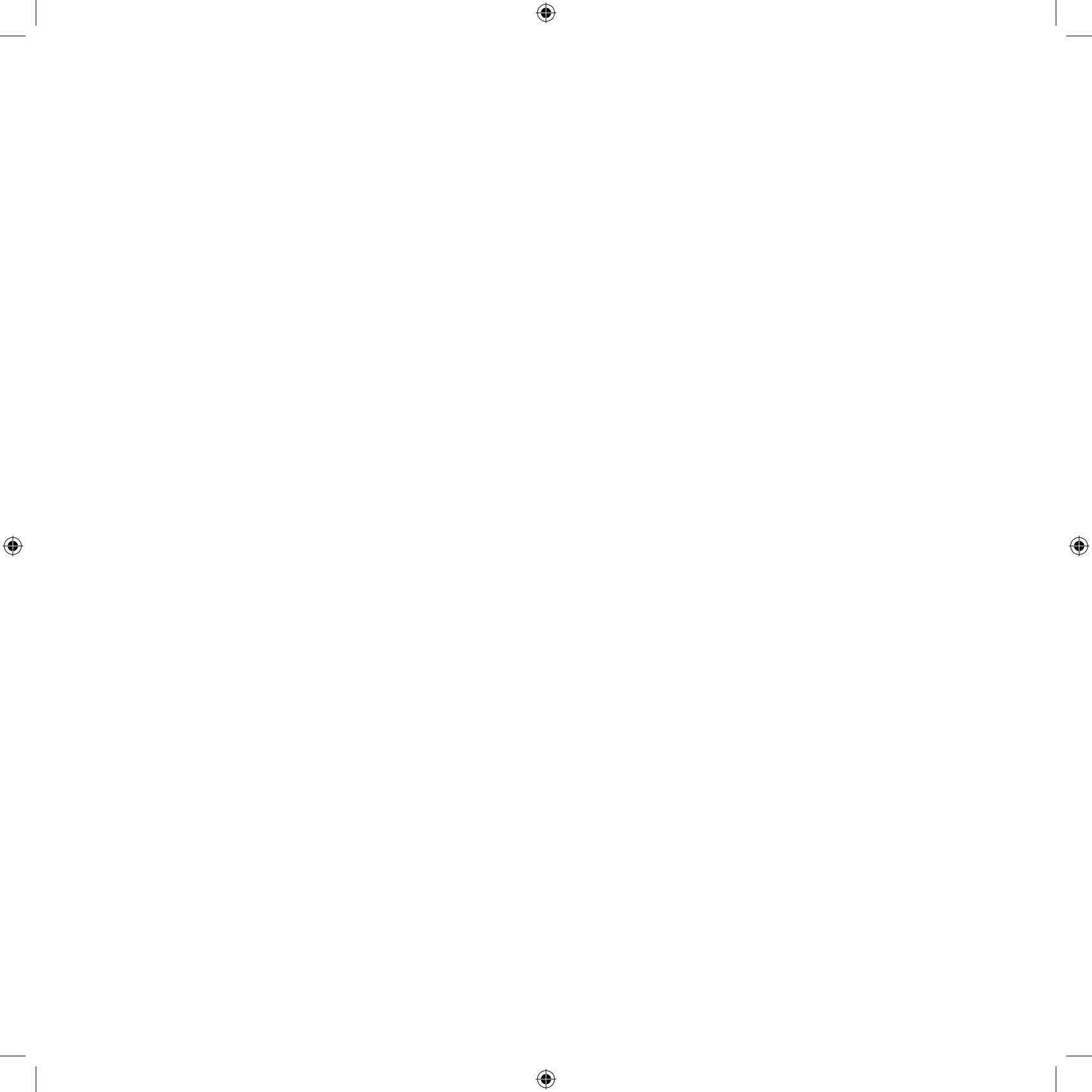
la séparation des Églises et de l'État 1905...»¹¹⁷. Et nous pourrions ici rajouter **l'apport de grandes lois pénales.**

Cette « identité démocratique » n'a cessé de s'enrichir du patrimoine commun de droits et de libertés et ces épisodes témoignent d'une montée en puissance de la République dans sa compétence de « maintien de l'ordre » à travers son arsenal législatif qui bascule d'un souci pragmatique de lutte contre la délinquance au souhait idéologique de la lutte contre les désordres sociaux. Ces lois ancrent un capital « historico-législatif » toujours vivace dans notre démocratie républicaine, intégrant une dimension sociale, solidariste, préventive et répressive conservée encore de nos jours avec certaines inflexions. La III^e République a enfanté un système répressif toujours pérenne dans son esprit et qui dans les faits s'est révélé prometteur. La récidive éprouve la République qui, au-delà de son idéologie affichée, cherche pragmatiquement à résoudre cette question. Il y apparaît un acteur, qui tout au long du temps jouera sa partition, relayée et portée par la presse : l'opinion publique. Loin de se réduire à une émanation du pouvoir central, le pénal se révèle le produit d'interactions complexes, d'une part entre différentes instances possibles de traitement de la question pénale, d'autre part entre des acteurs qui évoluent selon des configurations particulières sur ces diverses scènes, et contribuent à nourrir les domaines d'action publique traditionnels comme la justice, la sécurité, eux-mêmes en évolution et soucieux de s'adapter aux exigences impérieuses du contexte. La récidive (la peur de la récidive) a révélé de façon exemplaire et exacerbée les conceptions à la fois opposées et complémentaires initiant les politiques pénales. Toutes les réformes pénales ne sont pas bâties

sur ce mode mais s'inspirent de ces doubles logiques¹¹⁸, qui ne sont pas forcément à voir comme un paradoxe de la république mais un de ses traits, une de ses spécificités. Les divergences si elles existent portent souvent sur les méthodes à employer. Ni de droite, ni de gauche, la question de la récidive est avant tout une constante du débat politique qui a mis et met fortement à l'épreuve le pouvoir républicain qui ne semble pas trouver de réponse pertinente et équilibrée à la résolution de ce phénomène.

117 V. DUCLERT, *La France, Une identité démocratique*, Paris, Seuil, 2008, et son entretien dans *le Monde*, 7 novembre 2009.

118 Un exemple qui rejoint les propos de D. Schnapper sur la modernité politique fondée sur un principe d'inclusion des membres de la communauté politique par la citoyenneté et d'exclusion des non-citoyens de cette communauté D. SCHNAPPER, « Intégration et exclusion dans les sociétés modernes », in Serge PAUGAM, *L'exclusion, l'État des savoirs*, La Découverte, 1996, pp. 23-31.



LA BIOLOGISATION DU CRIME À LA FIN DU XIX^e SIÈCLE : QUELQUES ENJEUX ET LIMITES

YVES CARTUYVELS*

Introduction

En 2005, l'INSERM (Institut National de la Santé et de la recherche Médicale) publiait un rapport officiel sur les « troubles de conduite chez l'enfant et l'adolescent »¹. Dans ce rapport, que j'ai eu l'occasion de commenter ailleurs², on trouve une synthèse de recherches essentiellement cognitivo-comportementales anglo-saxonnes portant sur les troubles de conduites et autres comportements « antisociaux » et leurs facteurs explicatifs. Ce rapport soulèvera de très fortes réactions dans le monde de la santé mentale en France³. Il recommandait la détection précoce, avant 36 mois, des « troubles de conduite » ou autres « troubles de comportement » dont « l'hérédité génétique » n'est pas exclue⁴. Endossant un discours bienveillant, soucieux tant de protéger des enfants contre eux-mêmes que de prévenir la société contre

leurs possibles déviations ultérieures, la science mobilisée par les experts de l'INSERM se présente comme une science neutre, dégagée de tout présupposé moral, qui se met ici au seul service du bien commun en proposant le dépistage précoce et catégoriel de facteurs de risque ou d'indices de dangerosité potentielle. Ce faisant, le type d'expertise mobilisée, qui invoque également le recours aux neurosciences comme science explicative⁵, renoue avec la tradition des pères de l'anthropologie criminelle dont l'héritage lombrosien est d'ailleurs spécifiquement mentionné⁶. De fait, le fil théorique est bien celui d'une recherche comparatiste et explicative à visée utilitariste dont les présupposés épistémologiques rejoignent ceux de la criminologie comme science à la fin du XIX^e siècle. Certes, entre ces deux périodes de l'histoire, le contexte social et politique n'est pas identique et les priorités sans doute différentes : aux hantises de la dégénérescence et de la contamination sur fond d'un projet assurantiel (l'État social) en construction à la fin du XIX^e siècle répond aujourd'hui l'obsession managériale dans la gestion des populations et le contrôle prédictif des groupes à risques en contexte néo-libéral⁷. À la volonté de défendre

* Université Saint-Louis, Bruxelles.

1 INSERM, *Les troubles des conduites chez l'enfant et l'adolescent*, Paris, Éditions de l'INSERM, 2005.

2 Y. CARTUYVELS, Troubles de conduite et déviance : des amours en eaux troubles, *Chronique de criminologie, Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 2009, 4, pp. 32-61 ;

3 *Pas de zéro de conduite pour les enfants de trois ans*, Toulouse, Erès, 2006. voyez aussi A. EHRENBURG, Malaise dans l'évaluation de la santé mentale, *Esprit*, mai 2006, pp. 89-103.

4 INSERM, *Les troubles des conduites chez l'enfant et l'adolescent*, *op. cit.*, p. 2.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 J. TESTART, L'eugénisme au service du libéralisme, *Le Monde*, 18 avril 2007.

rationnellement la société et de protéger l'ensemble du corps social comme entité collective répond le souci compassionnel des victimes et une forme de privatisation des intérêts à protéger. Mais, au-delà de ces points communs et de ces écarts, on ne peut qu'être frappé par le retour d'une science probabiliste qui se fait policière et qui, dans le champ de la déviance comme dans celui de santé mentale, semble prendre sa revanche sur les approches herméneutiques et cliniques qui l'avaient emporté à la fin du XIX^e siècle.

Quelques années plus tard et dans une autre orbite culturelle, un séminaire du GERN (Groupement Européen de Recherches sur les Normativités) rassemblant des sociologues et des historiens du droit pour l'essentiel entame des travaux sur le thème « *Was Lombroso Right? The historical legacy of Neuroscience* »⁸. Ce séminaire, part d'un constat : après plus d'un demi-siècle d'hibernation, on assiste à la résurgence d'une théorisation biologique du crime que l'on croyait définitivement renvoyée aux oubliettes de l'histoire. Regardée avec dédain dans les années 1970, en raison de son association avec les théories raciales de Lombroso⁹, avec les expériences eugénistes du début du siècle aux États-Unis, la criminologie nazie¹⁰ et le génocide des « races inférieures » au XX^e siècle, la biocriminologie va lentement changer de statut à partir des années 1980. Ce regain de faveur, justifié par certains au nom de la nécessité d'en finir avec le « tabou » imposé par l'expérience nazie et la domination des théories constructives en

criminologie¹¹, semble bel et bien renouer un fil avec le passé : c'est que si « les écarts entre la biologie criminelle de la fin de siècle et le regard que les neurosciences peuvent jeter sur la violence et la désintégration sociale sont évidents, nous trouvons néanmoins des références à ce passé dans les réflexions contemporaines consacrées aux soubassements biologiques des comportements sociaux... Cesare Lombroso, la figure de proue du premier mouvement de biologie criminelle, est toujours présent comme point de référence dans les travaux scientifiques et dans les médias »¹². Et les organisateurs de conclure à l'intérêt d'une approche historique – je privilégierais le terme « généalogique » – pour chercher à saisir les points de rupture et de continuité entre l'explication du crime et du criminel par la biologie à la fin du XIX^e siècle et le retour d'une biocriminologie assise sur la génétique et les neurosciences aujourd'hui.

En ce début de XXI^e siècle toujours, la Cour d'Appel de Trieste en Italie va se distinguer par deux décisions innovantes. Dans une première décision du 1^{er} octobre 2010, la Cour reconnaît une « vulnérabilité génétique » à l'auteur d'un crime, sur base d'une expertise réalisée par un expert en neurosciences moléculaires et par un autre expert en neurosciences cognitives. En conséquence de quoi, l'auteur bénéficiera d'une réduction de peine, en raison d'une « prédisposition génétique au comportement agressif »¹³. En septembre 2011, une décision similaire est prise à Côme. Sur base de l'expertise rendue par les deux

8 *Was Lombroso Right? The historical legacy of Neurosciences*, Seminar of the GERN (Groupement Européen de Recherches sur les Normativités), 2010-2013.

9 C. LOMBROSO, *L'uomo bianco e l'uomo di colore. Letture su l'origine e la varietà delle razze umane*, Torino, Fratelli Bocca, 1892.

10 N. RAFTER, *Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany*, *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2008, n°2, pp. 287-306.

11 R. A. WRIGHT, J. M. MILLER, *Taboo until today? The coverage of biological arguments in criminology textbooks, 1961 to 1970 and 1987 to 1996*, *Journal of Criminal Justice*, 1998, n°, pp. 1-19.

12 *Was Lombroso Right? The historical legacy of Neurosciences*, Seminar of the GERN, Vienna, 17-18 décembre 2010, texte de lancement, p. 1.

13 Court of Assizes of Appeal in Trieste, 01/10/2010. Voyez E. MUSUMECCI, *Cesare Lombroso and Neuroscientists: a failed patricide*, (inédit) p. 2. See also REINOTTI, *Rivista Penale*, 2010, pp. 70-75.

mêmes experts que ceux du procès de Trieste, une jeune femme ayant tué sa sœur sera reconnue comme n'étant pas en pleine possession de ses moyens et bénéficiera d'une réduction de peine (20 ans au lieu d'un emprisonnement à vie)¹⁴. Alors qu'au cours de la décennie précédente, des commentateurs états-uniens soulignaient le faible impact concret de l'argument neuroscientifique sur le sentencing judiciaire¹⁵, les choses pourraient bien évoluer aujourd'hui, pour le meilleur (réduction de peine en raison de la reconnaissance de circonstances atténuantes) ou pour le pire (« compensation » de cette réduction de peine par l'imposition d'une mesure de sûreté après la peine en raison d'une dangerosité innée et irrémédiable).

En 2010 toujours, la revue « Déviance et Société » publie un numéro spécial intitulé « *Risque, dangerosité et sécurité* ». *Renaissance et mutations de la défense sociale*¹⁶. Les initiateurs de ce dossier partent d'un constat qu'ils jugent préoccupant : « de nombreux pays ont, au cours des dernières années, adopté de nouvelles dispositions visant, dans une perspective sécuritaire, à lutter contre différentes formes de risques associés à la dangerosité supposée de certaines catégories de situations ou de personnes... Un tel constat ne peut être dissocié de l'émergence de ce que U. Beck appelle une société du risque et des formes nouvelles et renforcées de contrôle social qu'elle suscite »¹⁷. Sont visées ici diverses législations qui traduisent, selon les pays et leur tradition judiciaire,

l'introduction ou l'extension d'un droit de sûreté en prise sur les concepts de diagnostic et de dangerosité, de détection et de prévention du risque, notamment de récidive. Déjà régulièrement associés par le passé dans une même anormalité, auteurs d'infractions à caractère sexuel, aliénés criminels et récidivistes se retrouvent ici en première ligne. Les trois figures sont autant de cibles privilégiées de législations qui s'écartent des canons classiques du droit pénal (légalité, proportionnalité, mesure) au nom de la protection des victimes contre leur dangerosité.

Mis ensemble, ces quatre indicateurs interpellent. Dans un contexte marqué par une crise sécuritaire et une obsession pour la récidive qui n'est pas sans rappeler l'atmosphère sécuritaire de la fin du XIX^e siècle¹⁸, diverses problématiques anciennes semblent resurgir ensemble : biologisation du crime et idéal de dépistage du potentiel déviant, souci de défense sociale et législations de sûreté, ontologisation du criminel et dépolitisation de la question pénale. Ce regain d'intérêt suscite à mon sens deux types de questions. Faut-il tout d'abord, comme le dénonçait R. Badinter à propos de la multiplication récente des mesures de rétention de sûreté en France, diagnostiquer derrière le retour croisé d'une idéologie de défense sociale et d'une possible lecture neuronale de la déviance le retour « du spectre de l'homme dangereux des positivistes italiens Lombroso et Ferri et la conception d'un appareil judiciaire voué à diagnostiquer et traiter la dangerosité pénale »¹⁹? Autrement dit, assiste-t-on à la résurgence d'une « science du criminel »

14 R. MARCHETTI, texte non publié présenté au séminaire *Was Lombroso right? The historical legacy of Neurosciences*, Lyon, janvier 2012.

15 D. W. DENNO, Revisiting the Legal Link between Genetics and Crime, *Law and Contemporary Problems*, 2006, vol. 69, pp. 210-257; N. ROSE, The biology of culpability: Pathological identity and crime control in a biological culture, *Theoretical Criminology*, 2000, n°1, pp. 5-34.

16 « Risque, dangerosité et sécurité. Renaissance et mutations de la défense sociale », *Déviance et Société*, 2010, n°4.

17 M. van de KERCHOVE, Introduction, *Déviance et Société*, 2010, n°4, p. 479.

18 Ph. ROBERT, L'évolution des politiques de sécurité, in L. MUCCIELLI, Ph. ROBERT, *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, ed. La découverte, 2002, pp. 42-52.

19 R. BADINTER in, *Le Monde* du 16 janvier 2008). Voyez aussi Ch. LAZERGES, « Typologie des lois de politique criminelle », in J. L. AUTIN et L. WEIL (dir.), *Le Droit figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, Montpellier, Université de Montpellier, 2008, p. 463 : avec la rétention de sûreté, « est ainsi inventée la peine

déterministe, les neurosciences prenant le relais de l'anthropologie criminelle lombrosienne en revitalisant des explications causalistes et/ou héréditaires du crime? Les neurosciences, telles que mobilisées dans le champ de la pénalité, peuvent-elles servir de point d'appui scientifique à un nouvel «eugénisme préventif du crime», encourageant la substitution aux idéaux classiques de la transformation et de la réintégration du déviant d'un modèle ancien de détection des risques et de neutralisation du déviant potentiel? L'inquiétude exprimée par certains est-elle justifiée²⁰ ou bien le problème est-il moins dans les prétentions de la science que dans la possible instrumentalisation de son discours à d'autres fins?

On peut ensuite s'interroger sur la signification sociale de ce retour d'un discours sur la biologisation du crime, à une époque marquée par de nouveaux modes d'appréhension des comportements et de gestion des populations considérées comme problématiques. À quel nouveau «discours de vérité» une biologisation du crime apporte-t-elle sa pierre? De manière générale, se constatent aujourd'hui disqualification des sciences sociales et des approches cliniques à vocation compréhensive, fascination pour les sciences probabilistes et les approches cognitivo-comportementales sur le plan explicatif; recul des logiques substantialistes et finalistes, avancée d'une culture du contrôle et du management, «routinisation du risque»²¹ sur le plan stratégique. Dans le champ plus précis de la pénalité, un durcissement est clairement perceptible, lequel se traduit par l'envolée des chiffres d'incarcération sur fonds de populisme pénal; par une culture de victimation qui produit un déplacement du regard porté sur l'auteur et un recul

des idéaux d'intégration et de réhabilitation au profit d'une culture de neutralisation, voire de vengeance²². Même si l'émergence d'une «nouvelle pénologie»²³ est aussi traversée par des tendances «volatiles et contradictoires»²⁴, le retour d'une figure du déviant prenant les traits de l'ennemi à identifier et à contenir se précise.

C'est dans ce contexte, me semble-t-il, que doit s'analyser le regain d'intérêt pour une approche biologique du crime et ses possibles instrumentalisation aujourd'hui. Pas plus qu'aucune autre science, la biocriminologie ou les neurosciences appliquées dans le champ de la déviance ne sont qu'un pur discours scientifique. Travaillant sur des faits sociaux qui sont aussi des faits de valeurs, la biocriminologie s'inscrit comme les autres discours criminologiques – sinon plus au regard de ce que l'histoire nous enseigne – comme instrument de gouvernementalité. À ce titre, elle soulève des questions de nature éthique, politique et sociale. Ce sont donc les enjeux contemporains posés par le retour de la biologisation du crime qui expliquent mon intérêt pour les discours sur l'«homme criminel» de la fin du XIX^e siècle. Mon propos n'est dès lors pas de traiter le passé pour le passé mais bien de tenter d'y repérer des questions, des discussions, des enjeux susceptibles d'éclairer le présent. Dans le cadre

après la peine non pas pour sanctionner ce que l'on a fait mais ce que l'on pourrait virtuellement faire».

20 D. NILKEN, M. LINDEE, *The DNA Mystique: The Gene as Cultural Icon*, New York, Freeman, 1995.

21 N. ROSE, Government and control, *British Journal of Criminology*, 2000, 40, p. 332.

22 Récemment en Belgique (septembre 2012), le gouvernement s'est mis d'accord pour durcir les conditions d'octroi de la libération conditionnelle, en réponse à l'émotion suscitée par la libération accordée à une détenue. L'enjeu - et c'est une première - n'était plus la question de la dangerosité de la personne libérée mais bien la frustration exprimée par les victimes face à une libération conditionnelle jugée trop rapide. C'est ici le besoin de rétribution ou de vengeance qui s'exprime.

23 M. FEELEY, J. SIMON, The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications, *Criminology*, 1992, n°4, pp. 449-474.

24 P. O'MALLEY, Volatile and contradictory punishment, *Theoretical Criminology*, 1999, 2, pp. 175-196.

de cette contribution, je procéderai ici en deux temps : dans un premier temps, j'évoquerai la naissance de cette lecture biologique du criminel, en mettant l'accent sur certains facteurs sociaux expliquant son avènement et les formes successives que prend ce discours explicatif sur le criminel (I). J'évoquerai ensuite trois enjeux sociaux mis en lumière par le discours sur la biologisation du crime à la fin du XIX^e siècle, trois enjeux qui peuvent peut-être faire résonance aujourd'hui (II).

1. La biologisation du crime à la fin du XIX^e siècle : du crime au criminel-né

Le droit pénal moderne s'intéresse au départ assez peu au criminel. Privilégiant l'acte comme ancrage de la pénalité, la pensée pénale classique conçoit l'auteur comme un individu rationnel dont il s'agit de rétribuer l'acte transgressif. C'est au cours du XIX^e siècle qu'émerge, sur fond d'éclosion de la menace représentée par les classes dangereuses pour l'ordre social, la représentation d'un « individu dangereux » déterminé par sa nature pathologique. Cette lecture ontologisante du criminel va connaître des évolutions dans l'identification des critères et du lieu de la maladie.

1. L'héritage de la pénalité classique : le criminel n'existe pas

Au XIX^e siècle, à l'ère de l'État de droit libéral, la pénalité est un événement purement juridique. Le crime, le jugement et la peine sont conçus essentiellement à l'intérieur des catégories du droit et de la morale. Il n'est pas question d'une construction scientifique du crime ou du criminel²⁵. Héritage de la pensée pénale classique, telle que dessinée dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle par les Beccaria, Bentham et consorts, l'économie des

délits et des peines est pensée dans l'abstraction de catégories désincarnées et fondée sur l'image d'un auteur rationnel doué de libre-arbitre. C'est l'acte criminel qui érige son auteur au rang « d'ennemi du corps social » pour les uns (Rousseau), le transforme plus simplement en « coupable » ayant fait un mauvais usage de sa liberté, pour les autres (Beccaria). Pour les classiques, l'individu criminel n'existe pas. C'est l'acte qui fait passer une frontière, la transgression appelant en réponse une peine proportionnée à sa gravité, dans une perspective qui se veut essentiellement dissuasive. L'utilitarisme pénal dominant impose le principe d'une peine légale modérée mais certaine, proportionnée et visible, dont le prononcé doit à la fois dissuader le corps social, neutraliser et, dans la mesure du possible, mais de manière moins centrale, corriger le délinquant. Cette triple dimension de l'utilitarisme pénal explique le choix de la prison comme peine : sa proximité, explique Bentham, en fait un instrument plus dissuasif que la relégation dans les colonies²⁶ ; sa structure permet de sérier l'espace-temps pour en faire l'instrument idéal d'une pénalité de calcul proportionnée à l'acte ; son architecture panoptique permet de jouer sur des techniques multiples appelées à réformer l'âme du condamné.

Assez rapidement, le discours utilitariste dominant de la pensée classique va devoir composer avec une approche rétributive, soucieuse d'individualiser la peine pour adapter celle-ci à la responsabilité morale du délinquant. Mais cette individualisation « néo-classique » de la pénalité au nom de la recherche d'une « juste peine » – que symbolisera, en France, la loi de 1832 sur les circonstances atténuantes – n'annonce pas encore « l'homme criminel ». C'est la responsabilité morale de l'auteur et non son être criminel qui doit tracer « la

25 D. GARLAND, *The Birth of the Welfare sanction*, *British Journal of Law and Society*, 1981, 1, p. 32.

26 J. BENTHAM, *Panopticon versus New South Wales* (1802), in *The works of Jeremy Bentham*, vol. IV, Russel and Russel, New York, 1962, p. 174.

limite extrême de la puissance répressive»²⁷, ce qu'une approche purement utilitaire de la peine ne respecte pas toujours²⁸. Jusque loin dans la deuxième partie du XIX^e siècle, le binôme utilitariste-rétributiviste dominera une pénalité largement orientée par une conception morale du délinquant, oscillant entre punition et dissuasion, neutralisation et amendement à des fins de correction. À l'intérieur des prisons, l'oscillation entre modèle cellulaire et régime commun souligne les échecs réintégréateurs d'une peine qui reste dominée par une logique vindicatoire.

2. *Les facteurs d'éclosion d'un nouveau discours sur le criminel : face aux classes dangereuses et au risque de récidive, les limites de la pénalité libérale*

Le projet pénal moderne va configurer la théorie et les pratiques de la pénalité durant la plus grande partie du XIX^e siècle. Au fil du temps, ce projet se heurte toutefois à deux limites. La première renvoie à la fonction de dissuasion de la pénalité en tant qu'instrument de gestion des populations. Loin de décliner, la criminalité prolifère sur fond de la révolution industrielle et le danger à contrôler change de nature. À l'individu «manquant de prudence»²⁹ ou inadapté qui perturbe le bon fonctionnement du marché succède le danger autrement plus consistant des «classes laborieuses», dont les désordres sont perçus comme un risque majeur pour les fondations de la société elle-même. Érigées en «classes dangereuses»³⁰, les classes ouvrières représentent

une menace pour l'équilibre de la société libérale et l'enjeu devient de dissocier une «*underclass*» d'individus dangereux de la classe des travailleurs intégrés et disciplinés.

Dans un contexte où la gouvernementalité des populations devient une thématique majeure dans divers domaines de la vie sociale – santé, éducation, travail –, «l'ennemi social est transformé en déviant»³¹. Un sous-prolétariat urbain, composé de délinquants d'habitude, prostituées, alcooliques, immigrés récents, socialistes, chômeurs et autres faibles d'esprit, est ici construit derrière différentes catégories «d'individus dangereux» associés à une forme ou l'autre de déficience. Ce qui correspond à une dépolitisation des enjeux de la question sociale par sa pénalisation vise aussi à tracer une ligne claire entre citoyens normaux et inadaptés sociaux. De ce point de vue politique, le terreau est propice à l'éclosion d'une nouvelle lecture ontologisante du crime et du criminel, une lecture qui pathologise la déviance et entérine une séparation de nature entre les déviants et le reste du corps social. C'est ce que résume d'une formule P. O'Malley : «en se focalisant sur l'individu pathologique, la réalité politique de ces classes était évacuée; en soumettant les «criminels» à un regard scientifique, la réalité apolitique de leur pathologie était confirmée de manière neutre; en plaçant ces individus dans des lieux séparés, leur différence était géographiquement symbolisée»³².

Une deuxième limite de la pénalité moderne est son manque d'efficacité en termes de prévention spéciale. C'est ici l'échec de l'idéal de correction du condamné, en principe favorisé par une peine mesurée propre à produire une transformation morale de l'auteur, qui est souligné. Loin de représenter cette pénalité de calcul marquée par

27 J. J. HAUS, *Principes généraux de droit pénal belge*, Gand-Paris, Hoste-Thorin, 1874, pp. 52-53.

28 Pour les classiques en effet, le principe de modération de la peine était associé à son utilité.

29 P. O'MALLEY, Risk societies and the government of crime, in M. BROWN, J. PRATT (eds.), *Dangerous offenders. Punishment and Social Order*, London and New York: Routledge, 2000, p. 19.

30 L. CHEVALLIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses* (1958), Paris, Perrin, 2002.

31 M. FOUCAULT, *Discipline and Punish*, London, Allen Lane, 1978, 300-301.

32 P. O'MALLEY, Risk societies and the government of crime, in M. BROWN, J. PRATT (eds.), *Dangerous offenders. Punishment and Social Order*, London and New-York: Routledge, 2000, p. 21.

la mesure et la modération, la prison apparaît comme lieu de violence et de non-droit, espace de différenciation entre les pauvres et les criminels³³. Loin de réformer les âmes, elle produit plutôt de la délinquance, comme en témoigne l'importance de la question de la récidive, question qui devient une véritable obsession sécuritaire dans la deuxième moitié du XIX^e siècle³⁴. Cet échec du réformisme carcéral est un classique de la littérature pénologique du XIX^e siècle. Il donnera naissance à une nouvelle manière de penser l'idéal de la réhabilitation en lien moins avec un souci d'humanité (une peine juste et non vindicative) que de défense sociale.

Cette évolution est particulièrement bien mise en lumière par les discussions qui dominent le *National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline* qui se tient en 1870 à Cincinnati, aux États-Unis³⁵. Dans la « Déclaration de principes » adoptée en fin de Congrès, les délégués posent les cadres d'une « *New Penology* »³⁶ en rupture avec une pratique carcérale vindicative et afflictive qu'ils jugent inutilement violente et peu efficace (principe XVI et XVII). Partant du constat que le crime est « *a sort of moral disease* » et que l'efficacité du remède qu'est la peine est « *a question of social therapeutics* » (principe I), le texte adopte comme ligne directrice du régime carcéral les objectifs prioritaires tant de la défense sociale (« *protection of society* ») que de la régénération morale du condamné, (principes II et III). Le tournant est clairement affirmé : « *The supreme aim of prison*

discipline is the reformation of criminals, not the infliction of vindictive suffering » (principe III) et le point est intéressant : si l'idéal de réhabilitation est affirmé avec force, la logique d'individualisation de l'exécution de la peine qu'il promeut est désormais associée non plus prioritairement à un souci moral de justice rétributive mais bien à un idéal de défense de la société contre le crime. Assez logiquement, la *Déclaration de principes* fait alors place à des propositions qui annoncent le projet de défense sociale : ainsi de l'adoption de sentences à durée indéterminée (*indeterminate sentences*) dont la durée serait « limitée seulement par la preuve satisfaisante de la réformation », une question qui ne serait guère plus difficile à évaluer pour les criminels que pour les malades mentaux (principe IX)³⁷ ; de la construction de prisons séparées en fonction de différentes catégories de criminels, avec la création de prisons spécifiques pour ces « incorrigibles » que l'on commence à repérer dans les institutions carcérales (principe XXII) ; de l'adoption pour les petits délinquants d'habitude (« *habitual drunkards, prostitutes, vagrants and petty transgressors of every name* ») d'un régime de sûreté avant la lettre calqué sur celui des malades mentaux, avec le remplacement de cette succession peu efficace de courtes peines liées à la gravité de l'acte par une mesure restrictive de liberté prolongée, fonction de leur dangerosité et de leur guérison : « *A lunatic, who has committed no offense, but is simply afflicted with a malady that makes him dangerous, is restrained of his liberty till he is cured. Why should not the habitual violator of law, even though each separate*

33 B. VAUGHAN, *Punishment and conditional citizenship, Punishment and Society*, 2000, n°1, pp. 23-39.

34 Ph. ROBERT, Peine, récidive et crise sécuritaire, in F. TULKENS, Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN (dir.), *La peine dans tous ses états*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 258-264.

35 Voyez les Actes du congrès reproduits in E. C. WINES, *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline*, 1870, Albany, Weed, Parson, 1871.

36 P. LALANDE, *Punir ou réhabiliter les contrevenants? Du « Nothing Works » au « What Works »*, p. 35 (www.securitepublique.gouv.qc.ca/fileadmin/.../severite_penale_partie2.pdf).

37 Le système d'« *indeterminate sentences* » introduit une flexibilité à l'intérieur de la durée maximale fixée par la peine et est couplé à un système de libération graduelle. L'introduction généralisée de sentences à durée indéfinie (*indefinite sentencing*) sera par contre rejetée. Le système de sentence indéfinie suppose que le juge ne fixe aucun minimum ni maximum de la peine. Expression la plus pure d'une logique de défense sociale, il sera d'application dans le modèle californien de 1917 à 1977 (P. LALANDE, *op. cit.*, p. 36).

offence may be trivial in itself, be treated the same way?) (principe XXIII); de la création d'une commission mixte d'experts, composée de «*mental pathologists*» et de «*criminal jurists*» pour statuer à meilleur escient sur la question de la responsabilité des dits «*lunatics*» (principe XXIX). Enfin, les délégués proposent également de créer «des institutions préventives pour la prévention et le traitement des enfants pas encore criminels mais en danger de le devenir», dès lors que «*the brood may be killed in the egg*» (principe XXV).

Derrière l'idéal de réhabilitation, une vision du criminel comme «individu dangereux» émerge, au même titre que la priorité 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. À l'intérieur du monde pénitentiaire, mais plus largement dans le monde pénal³⁸, le terreau est prêt pour accueillir la nouvelle «science du criminel» et les priorités prophylactiques qu'elle se fixe. Ce que souligne le *National Congrès* de 1870, c'est que les thèmes de l'individu dangereux et le souci de défense sociale émergent à partir du bas, au sein de la réalité carcérale. Par ailleurs, aux États-Unis, la pathologisation du criminel émergera également à partir des institutions psychiatriques où crouissent «dégénérés» et autres «incorrigibles»³⁹. C'est dès lors à l'intersection des deux systèmes (pénitentiaire et asilaire) et sur fond d'échanges entre professionnels des mondes de la psychiatrie et de la prison que se

développeront le thème de «l'homme criminel»⁴⁰ et un idéal de prophylaxie criminelle. L'évolution ne sera sans doute pas très différente en Europe. Lombroso était psychiatre et c'est à partir de son expérience de psychiatre qu'il va construire sa théorie du criminel-né. En Belgique, c'est un autre psychiatre, le docteur Vervaecke qui jouera un rôle central dans la construction de l'homme dangereux, associant régulièrement dans une même anomalie des figures diverses issues des mondes de la folie comme de la prison⁴¹.

3. L'identification du criminel par nature: du corps au cerveau, du cerveau à l'âme

C'est dans ce contexte que se construit dans le dernier tiers du XIX^e siècle un nouveau discours «scientifique» sur le crime, dont le psychiatre italien Cesare Lombroso va apparaître comme le précurseur. Porteur d'une rupture paradigmatique⁴², Lombroso est généralement considéré comme le père fondateur de l'anthropologie criminelle ou d'une biologisation du crime. Dans l'«*Homme criminel*» publié en 1876, Lombroso expose ses premières explications scientifiques du crime et du «criminel-né». Prenant appui sur des thèses déjà travaillées dans un ouvrage précédent publié en 1871, l'«*Uomo bianco et l'Uomo di colore*»⁴³, Lombroso propose une explication évolutionniste qui s'inscrit dans une forme de «racisme scientifique» en vogue à l'époque. Comme le souligne N. Rafter, la construction de typologies et la classification hiérarchisée des êtres humains à travers la combinaison de différentes sciences (anthropologie, histoire naturelle, phrénologie)

38 En France, la critique de Salleilles sur le projet de l'anthropologie criminelle est à cet égard révélatrice: si Salleilles est sans concession à l'égard des dérives pratiques du projet positiviste dans son ensemble, il n'en reconnaît pas moins la légitimité des objectifs de la défense sociale (R. SALLEILLES, *L'individualisation de la peine*, in R. OTTENHOF (éd.), *L'individualisation de la peine*, Toulouse, Erès, 2001, p. 94).

39 Sur ce point, voyez N. RAFTER, *Creating born criminals*, Urbana and Chicago, University of Illinois Presse, 1997.

40 *Ibid.*, p. 121.

41 D. VERVAECKE, La stérélisation des anormaux et des criminels dangereux, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1926, pp. 23-30.

42 N. RAFTER, *The Criminal Brain. Understanding Biological Theories of Crime*, New York, NYU Press, 2008, p. 85.

43 C. LOMBROSO, *L'Uomo bianco e l'Uomo di colore*, Padua, Sacketto, 1871.

et techniques (craniométrie, anthropométrie) n'était pas exceptionnelle à l'époque⁴⁴.

La thèse étiologique de Lombroso est connue : le criminel est doté d'une nature criminelle qui le prédispose au crime et dont l'acte criminel est le symptôme. Déterminé par ses origines ataviques, le criminel est un être inférieur « qui reproduit dans sa personne les instincts féroces de l'humanité primitive et des animaux inférieurs »⁴⁵. La thèse s'inscrit sur fond d'une lecture évolutionniste de l'espèce humaine, d'un engouement pour les théories de l'hérédité et d'une angoisse diffuse pour la dégénérescence des races « civilisées ». La thèse évolutionniste de Darwin⁴⁶ sera largement utilisée pour expliquer la présence d'« êtres involués » dans le monde civilisé : faibles d'esprit, imbéciles, délinquants défectueux ou criminels nés se retrouvent englobés dans un même discours qui souligne leur retard d'évolution en regard du citoyen normal et adapté à son milieu. L'influence du discours sur la dégénérescence est manifeste : incarné plus tôt dans le siècle par Charles Morel en France⁴⁷, ce discours qui connaît également des développements ailleurs⁴⁸ renforcera l'image globale du déviant comme danger pour lui-même, pour sa descendance et donc pour la société tout entière. Il légitimera l'idée que la sélection par l'homme peut se justifier là où elle n'a pas été réalisée par la nature.

Dans un tel contexte, il devient essentiel d'identifier et de repérer ces criminels qui, déterminés

par leur nature profonde, prédisposés au crime et largement « incorrigibles », constituent une menace pour le bien-être de la société. Ceci va donner lieu à un affrontement entre critères ou lieux d'identification de la source du mal. À partir de l'expérience des États-Unis, N. Rafter en souligne bien les étapes. Le premier lieu d'identification sera le corps, à partir de l'idée que le corps est le miroir de l'âme. « *Insana mens, insana corpore* » dira-t-on à l'époque⁴⁹, dans la conviction que la forme du crâne, la constitution physique (body types) ou d'autres caractéristiques corporelles sont susceptibles de servir d'indices pour identifier la nature criminelle. L'anthropologie criminelle va se construire sur cette lecture somatique du criminel.

Assez rapidement, un second lieu d'identification va venir concurrencer le stigmate corporel. « *From the body to the brain* » : le déclin de la doctrine lombrosienne laisse place à une version psychologisante du criminel qui associe l'individu défectueux à un retard mental – la « *feeble-mindedness theory* ». Le cerveau devient le lieu du problème et le déviant est atteint d'un retard mental qu'il s'agira d'identifier par des tests d'intelligence divers⁵⁰. Monte alors, dans certains milieux de sociologues ou de psychologues⁵¹, une fascination pour les échelles d'intelligence telles que l'échelle du français Binet, par exemple. Traduite en anglais, celle-ci sera largement utilisée aux États-Unis pour catégoriser et dépister le criminel en tant qu'être mentalement défectueux⁵².

« *From the brain to the mind* » : par la suite, cette lecture catégorielle de la déviance sera elle-même

44 N. RAFTER, *The Criminal Brain. Understanding Biological Theories of Crime*, op. cit., p. 72.

45 C. LOMBROSO, Introduction, in G. LOMBROSO-FERRERO, *Criminal Man According to the Classification of Cesare Lombroso*, 1911, Repr. Montclair, NJ : Patterson Smith, 1972, XXIV-XXV.

46 Ch. DARWIN, *The Origin of Species of Species by Means of Natural Selection*, London, Penguin Classics, 1985 (1859).

47 Ch. MOREL, *Le Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine*, Paris, J. B. Baillière, 1857.

48 Pour les États-Unis, voyez N. RAFTER, *Creating born criminals*, op. cit.

49 H. BOIES, *Prisoners and paupers*, New-York, Putnam's, 1893, p. 265.

50 N. RAFTER, *Creating born criminals*, op. cit., p. 125.

51 B. HARCOURT, Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique, *Déviance et Société*, 2011, n°1, pp. 5-33.

52 Ch. DEBUYST, Fr. DIGNEFFE, A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. T. III. Expliquer et comprendre la délinquance (1920-1960)*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 58 et s.

conurrencée par une approche médico-psychiatrique qui fera du crime une maladie de l'âme, « *a disease of the psyche* »⁵³. Du corps à l'âme, en tant que mixte de processus conscients et inconscients, l'enjeu est important : derrière le conflit des professions – les psychiatres l'emportent sur les psychologues –, une lecture « psycho-sociale » de la délinquance détrône la perspective bio-mentaliste. Approche biographique, diagnostic clinique et dossier de personnalité rompent avec le déterminisme objectivant et catégoriel des sciences probabilistes et autres échelles de risque, une morale thérapeutique prend le pas sur la logique ontologisante de l'interprétation biologique. Associée à un traitement médico-psychiatrique et social⁵⁴, l'idée s'impose qu'il est possible de transformer le criminel sur base d'un diagnostic de ses besoins et d'une thérapeutique adaptée, « exactement comme la médecine clinique s'appuie sur le diagnostic, la prescription et la thérapeutique »⁵⁵.

II. Les enjeux sociaux de la biologisation du crime : les limites d'une « *impulsion altruiste* »

Trois enjeux essentiels sont mis en lumière par le discours biologisant sur le crime tel qu'il est porté par l'anthropologie criminelle, dans sa version somatique et mentaliste. Le premier a trait à sa fonction politique de discrimination sociale, le second est lié à son inscription dans le projet solidariste et bienfaisant de l'État *Welfare* et le troisième souligne son incompatibilité avec les catégories de l'État de droit.

53 N. RAFTER, *Creating born criminals, op. cit.*, p. 173.

54 J. FRANCOIS, *La libération conditionnelle. Généalogie d'une mesure*, U. C. L., 1977 (inédit).

55 E. H. SUTHERLAND, D. R. CRASSEY (1938), *Principes de criminologie*, Paris, Cujas, 1966, p. 335.

1. Derrière le regard objectif de la science, la réification d'une *underclass criminelle*

L'anthropologie criminelle émerge à un moment où s'impose le positivisme scientifique. Aux imaginaires construits de la morale et du droit, la science positive oppose le regard neutre et objectif, transparent et sans filtre d'une démarche scientifique fondée sur l'expérimentation et la vérification. Elle incarne le triomphe d'une démarche photographique sur d'autres modes d'appréhension qui imposent des filtres multiples entre le réel et sa traduction en mots ou en images. C'est bien cette démarche d'objectivation qui préside à l'identification de la nature criminelle, à travers le dépistage de critères objectifs, qu'il s'agisse de caractéristiques corporelles irréfutables ou d'indicateurs mentaux permettant, *via* les échelles d'intelligence, de repérer les « *feeble-minded* » ou faibles d'esprit.

Pourtant, le discours scientifique reste ici une construction dont l'inscription dans un projet politique de gestion des populations infléchit d'entrée de jeu la démarche et les résultats. Indexée à la recherche d'indices de dangerosité, la démarche n'est pas « photographique » mais clairement orientée dans une construction policière de la réalité, livrant une vérité partielle et partielle sur le(s) sujet(s) étudiés⁵⁶. Dans les faits, la science du criminel contribue à construire une perception ontologisante et réifiante du criminel à travers la combinaison de trois opérations. Tout d'abord, la description scientifique des déviants prend appui sur un discours de valeurs qui, pour être implicite, est bien présent. En croisant aux confins de l'asile et de la prison différentes figures de l'anormalité, l'anthropologie criminelle dessine les contours d'une déviance qui se construit en miroir d'un imaginaire implicite de normalité. D'un côté,

56 Sur cette question, voyez Ch. DEBUYST, La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie, *Criminologie*, 1984, n°2, pp. 7-24.

le faible d'esprit, l'imbécile, l'étranger, le pauvre ou le criminel, toutes figures associées à des images de bestialité, de paresse, de débauche ou d'involution. De l'autre, « l'homme d'origine blanche, hétérosexuel, intelligent, sain, civilisé, altruiste, industriel et capable de se prendre en charge »⁵⁷. Ensuite, la promotion de connexions entre les différentes figures de la déviance et le caractère interchangeable des caractéristiques qui leur sont associées renforcent l'idée d'une classe unifiée de « déficients », tous portés par une hérédité commune et représentant un même type de danger pour la société des gens normaux. L'intervention en 1914 de F. Mc Donald à l'*American Psychiatry Association* (dont il est le président) est à cet égard emblématique : Mc Donald propose de guérir le problème social représenté par une « classe de déficients » en recourant à la stérilisation de diverses figures de la déviance – faibles d'esprit, aliénés incurables, épileptiques, imbéciles, criminels récidivistes – englobés dans un même imaginaire de déficience biologique ou psychique⁵⁸. Enfin, note N. Rafter, le discours de la science recourt à un langage métaphorique et à une terminologie imprécise, qui lui permet de viser tantôt des catégories très précises de déviants, tantôt des catégories beaucoup plus larges de pauvres ou de déviants⁵⁹. Cette utilisation flexible d'un langage fluide permet de brouiller les pistes et d'englober dans une même menace des individus aux trajectoires très différentes mais qui seront englobées dans un même déterminisme naturel.

57 N. RAFTER, *Creating born criminals*, op. cit., p. 88.

58 F. Mac DONALD, Presidential Address, *American Journal of Insanity*, juillet 1914, p. 9, cité in R. CASTEL, De la dangerosité au risque, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1983, n°47-48, p. 121. En Belgique, le même type de raisonnement est adopté une dizaine d'années plus tard par le docteur Vervaecke, à cette différence près que ce dernier plaidera pour l'adoption de mesures d'éloignement à durée indéterminée plutôt que de recourir à des lois de stérilisation (L. VERVAECK, La stérilisation des anormaux et criminels dangereux, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1926, pp. 449-450).

59 N. RAFTER, *Creating born criminals*, op. cit., p. 119.

Le résultat de cette triple opération est la construction d'une « *underclass* » d'individus dangereux ontologiquement différents des citoyens normaux. Les différences et spécificités des multiples figures de la déviance sont progressivement gommées au profit d'une image essentialisante produite par une science transformée en outil de technologie sociale. De ce point de vue, une science qui biologise le crime joue un rôle politiquement utile. Prenant appui sur une démarche rationnelle et argumentée, renonçant aux théories du libre-arbitre et s'opposant explicitement aux « spéculations » de la morale et du droit⁶⁰, le jugement scientifique permet de fonder en raison et au-delà de toute référence morale la séparation et le classement binaire des individus. Il permet aussi de dépolitiser la déviance et d'éviter que ne soit remis en question, en cette fin de XIX^e siècle, le rôle de la société des classes dans la production de la délinquance.

2. Un discours scientifique au service du projet Welfare : le passage à la limite d'un projet altruiste

Suivant D. Garland, le problème central du Welfare State en construction était de « combiner les dispositifs de prise en charge de l'État social avec l'esprit de libre entreprise et un individualisme (modifié) »⁶¹. Un enjeu clé était donc de corriger les inégalités matérielles de la société de marché sans subvertir sa logique fondamentale. Dans cette perspective, l'incorporation de la classe ouvrière dans la société devient une question

60 Aux États-Unis, G. F. Lydston explique ainsi, en 1896, après avoir critiqué vertement l'idée que le criminel est un être doté de libre-arbitre qu'il conviendrait dès lors de punir, que « *with all due respect to moralistic methods in the prevention and correction of crime, I believe that no advance has been made, or can be made, that is not founded on scientific materialism* ». De même, H. Wey oppose-t-il deux écoles, « *the theological or spiritualistic and the material or anthropological* » one (Cités in N. RAFTER, *Creating born criminals*, op. cit., p. 111).

61 D. GARLAND, The Birth of the Welfare Sanction, *British Journal of Law and Society*, 1981, n°1, p. 36.

cruciale et se pense à travers un transfert assurantiel des risques de toute nature de l'individu vers l'État. Au projet de «laisser-faire» et d'État minimal ainsi qu'à la confiance dans l'individu entrepreneur de soi et preneur de risques succède un projet assurantiel qui transfère à l'État la protection de citoyens «prudents» contre les divers risques qui les menacent. Déployant techniques statistiques et données actuarielles dans différents domaines de la vie sociale, l'État se donne pour mission de cartographier les risques sociaux et de «gérer les symptômes les plus visibles des désordres produits par le marché»⁶². Une gouvernementalité par le risque se met en place, qui a pour enjeu d'offrir aux citoyens des filets de protection contre les risques de toute nature qui les entourent⁶³ tout comme d'encadrer ces citoyens pour éviter qu'ils ne deviennent un risque social.

La délinquance, interprétée comme la manifestation d'un «état» dangereux, apparaît alors comme un de ces risques sociaux à traiter par l'État. Comme le suggère J. Pratt, «la tendance à légiférer contre l'homme dangereux appartient à un ensemble de mesures destinées à offrir une protection contre des risques divers»⁶⁴. Le problème devient d'intervenir contre ces individus dangereux au nom du risque protéiforme qu'ils représentent: danger pour eux-mêmes, danger pour l'État et son mode d'organisation structurale, mais aussi danger pour les citoyens et pour la communauté que l'État a mission de protéger. Autrement dit, le projet de défense sociale peut se lire comme la prolongation du filet de protection sociale à une époque où «la société s'organise partout pour sa propre protection»⁶⁵.

62 P. O'MALLEY, *Risk societies and the government of crime*, op. cit., p. 24.

63 J. PRATT, *Dangerousness and modern society*, op. cit., p. 38.

64 J. PRATT, *Dangerousness and modern society*, op. cit., p. 38.

65 A. E. OSBORNE, The founding of a Great Institution and Some of its Problems, in AMO, Proceedings, 1891, p. 176, cité in N. RAFTER, *Creating born criminals*, op. cit., p. 63.

Avec l'anthropologie criminelle, ce projet protecteur connaîtra néanmoins un « passage à la limite » qui expliquera pour partie son déclin. En ces temps où sévissent les discours sur la dégénérescence et l'hérédité, le déviant biologiquement déterminé devient une menace possible pour sa descendance et donc pour la race humaine. Protéger la société peut déboucher ici sur une stratégie d'élimination qui vise à empêcher des formes de contamination. Comme l'explique M. Barr's à propos des «*moral imbeciles*» lors d'un congrès de l'Association of Medical Officers of American Institutions for idiotics and Feeble-Minded Persons (A. M. O.) en 1895, s'il s'agit de protéger les déviants en leur offrant un « toit permanent et agréable » pour « les protéger de la société et d'eux-mêmes », il s'agit aussi de « protéger le stock pur de la contamination »⁶⁶. À ce point, le projet de défense sociale porté par les théories biologiques du crime croise la tentation eugéniste de purification et d'élimination du danger pour la race, laquelle passera par la stérilisation de personnes ou catégories à risque ou, plus souvent, par l'adoption d'un enfermement préventif à durée indéterminée ou indéfinie⁶⁷.

Sur fond de peur de la dégénérescence, les fantasmes d'élimination rôdent. Aux États-Unis, des législations à portée eugéniste seront promulguées dans divers États au début du XX^e siècle, à l'intention des « individus défectueux » de nature diverse⁶⁸. Ces

66 M. W. BARR, Moral paranoia, in AMO Proceedings, 1895, pp. 522-531, cité in N. RAFTER, *Creating born criminals*, op. cit., pp. 85-86.

67 Sur la tentation eugéniste, voyez M. KALUSZYNSKI, Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages, *Champ pénal/Penal Field*, 2008, vol. V, pp. 1-18.

68 Selon N. Rose, la stérilisation de condamnés débute aux États-Unis en 1898 et des lois autorisant la stérilisation de criminels d'habitude, de récidivistes ou de délinquants sexuels seront votées dans pas moins de 16 États en 1971 (N. ROSE, *The biology of Culpability*, op. cit., p. 25); Voyez aussi D. J. KEVLES, *In the Name of Eugenics*, Cambridge, Ma, Harvard University Press, 1985).

législations produiront des institutions au sein desquelles seront mises en œuvre des pratiques de stérilisation aux fins d'éviter leur reproduction. La tentation eugéniste à l'égard des anormaux et autres délinquants incorrigibles existe bel et bien, comme l'atteste la déclaration célèbre du juge Holmes dans l'affaire *Buck v. Bell Superintendent* en mai 1927. Dans cette affaire, le juge justifiera la stérilisation de l'inculpée, Carrie Buck, avec ces mots : « c'est mieux pour tout le monde si, plutôt que d'attendre d'exécuter le fruit dégénéré du crime... la société peut empêcher (*prevent*) ceux qui sont manifestement défectueux de perpétuer leur descendance... trois générations d'imbéciles, c'est assez »⁶⁹.

En Europe, la tentation eugéniste tracera également son chemin derrière diverses lois de stérilisation dans les pays nordiques, dont la Suède et le Danemark⁷⁰. Seront visés ici pour l'essentiel, dans les années 1930 et dans une perspective « *welfare* », les malades mentaux, faibles d'esprit et délinquants sexuels⁷¹. Dans l'Allemagne Nazie, l'examen de l'héritage génétique et généalogique des criminels semble être devenu une mesure habituelle⁷². Ailleurs, l'agenda eugéniste sera euphémisé derrière le recours à d'autres « dispositions éliminatrices », telles que sentences à durée indéfinie (la *preventative detention* anglaise de 1908), la transportation-exil (la *relégation française* introduite en 1885)⁷³ ou l'introduction plus

tardive d'un internement de sûreté en Belgique (1930). Non pas que dans ces pays le danger soit jugé moins menaçant, mais la stérilisation soulève des problèmes d'ordre éthique et juridique qui lui font préférer d'autres solutions pour neutraliser les « incorrigibles »⁷⁴. La discussion de cette question par le docteur Vervaecke, directeur du service d'anthropologie pénitentiaire belge dans les années 1920, est éclairante à cet égard. Dans un article intitulé « *stérilisation des anormaux et criminels dangereux* »⁷⁵, le docteur Vervaecke, une voix influente dans les milieux de la défense sociale en Belgique, souligne que « le danger social de la Dégénérescence sous toutes ses formes s'aggrave considérablement ». Il cite à l'appui le professeur Bianchi selon lequel « la sélection naturelle s'étant révélée insuffisante, des mesures plus radicales s'imposent à son avis pour la réaliser artificiellement » ou encore les professeurs Richet et Papillaut qui, dans « Eugénique et Sélection »⁷⁶ soutiennent « qu'une foule de criminels, de prostituées, d'alcooliques sont des tarés que rien ne pourra réformer »⁷⁷. Le Directeur du service d'anthropologie pénitentiaire belge s'interroge alors sur l'opportunité d'organiser une « prophylaxie rationnelle de la Folie et du Crime, en assurant le dépistage précoce des dégénérés dès l'école et en recourant, si nécessaire,

69 Cité in N. RAFTER, *The Criminal Brain. Understanding Biological Theories of Crime*, op. cit., p. 121.

70 A. DROUART, À propos de l'eugénisme scandinave. Bilan des recherches et travaux récents, *Population*, 1998, pp. 633-642.

71 G. BROBERG, N. ROLL-HANSEN, *Eugenics and the Welfare State. Sterilization Policy in Denmark, Sweden, Norway and Finland*, East Lansing, MI, Michigan State University, 1996.

72 R. N. PROCTOR, *Racial Hygiene: Medicine Under The nazis*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1988.

73 Ph. ROBERT, *Peine, récidive et crise sécuritaire*, op. cit., p. 261. Sur l'eugénisme en France, voyez, e. a., A. CAROL, *Histoire de l'eugénisme en France. Les médecins et la procréation, XIX^e et XX^e siècle*, Paris, Seuil, 1995.

74 Pour l'Angleterre, voyez D. GARLAND, Of Crime and Criminals. The Development of Criminology in Britain, in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 17-69; N. ROSE, *The Psychological Complex. Psychology, Politics and Society in England, 1869-1939*, London, Routledge, and Kegan, 1985.

75 L. VERVAECKE, La stérilisation des anormaux et criminels dangereux, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1926, pp. 449-477 et 545-569.

76 G. PAPILLAUT, Ch. RICHEL, *Eugénique et sélection*, Paris, Alcan, 1922.

77 L. VERVAECKE, La stérilisation des anormaux et criminels dangereux, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1926, pp. 449-450.

à la limitation de leur procréation»⁷⁸. En ligne de mire, la stérilisation des «anormaux, malades et criminels dangereux» que «leurs tares héréditaires rendent souvent réfractaires aux mesures de traitement et d'éducation»⁷⁹. Conformément au mode de pensée dominant en Europe, Vervaecke conclut cependant à l'existence d'obstacles de nature morale, juridique, scientifique et sociale à la stérilisation de ces personnes à risques, une technique dont l'efficacité n'est d'ailleurs pas garantie: «même stérilisés, ils resteront toujours des êtres inutiles et dangereux, des criminels possibles ou probables»⁸⁰. Le psychiatre belge plaide dès lors pour le recours à des modes de ségrégation «humaine et scientifique», se traduisant par l'élimination de ces déficients ou anormaux «pour un terme illimité de la vie sociale». L'internement doit ici atteindre «le même but que la stérilisation»⁸¹.

À l'époque, cette lecture biologique du crime et la tentation eugéniste qui l'accompagne, quelles que soient les technologies utilisées pour atteindre le but de préservation du corps social, portent un enjeu bien mis en lumière par R. Castel: celui du glissement d'un raisonnement en termes de «dangerosité» à un raisonnement en termes de «risques». Au nom de l'idéal d'une prévention parfaite, il s'agit d'identifier des risques «objectifs» permettant de détecter sur fond de critères scientifiques des «groupes à risques» et d'intervenir de manière collective à leur égard⁸². Ainsi, en 1914, le président de l'American Psychiatric Association, L. MacDonald, propose-t-il de stériliser «tous les faibles d'esprit, tous les aliénés incurables, tous les imbéciles, tous les criminels récidivistes, tous ceux qui souffrent manifestement d'une carence de la volonté et tous les ivrognes invétérés» pour tarir «la reproduction des

déficients psychiques»⁸³. La prévention se pense ici à partir de «classes d'individus» virtuellement dangereux, la seule appartenance à la catégorie repérée comme facteur de risque suffisant à justifier l'intervention préventive.

3. *L'imaginaire de la prévention: au-delà du droit?*

Détecter, identifier et prévenir pour mieux réduire les risques de passage à l'acte ou de récidive constituent les principes directeurs du projet social de la criminologie scientifique émergente. Ce souci de prédiction/prévention fondé sur la science va heurter de plein fouet les principes cardinaux de la pénalité classique. La prophylaxie ne fait pas bon ménage avec les principes d'un droit pénal de l'acte et produit un double déplacement qui va susciter la résistance des juristes.

Le premier concerne l'individualisation du traitement du délinquant et ses fondements. En réaction au légalisme strict de l'école classique, la pénalité néo-classique avait introduit au cours du XIX^e siècle le principe d'une individualisation de la peine, notamment *via* le principe des circonstances atténuantes. Mais, on l'a souligné plus haut, l'individualisation reposait ici sur un souci de justice rétributive destiné à tempérer les rigueurs – et aussi l'ineffectivité – d'une pénalité liée à la seule gravité objective de l'acte et soucieux de doser la peine non plus en proportion de la seule gravité objective de l'acte mais aussi en fonction de la *responsabilité morale* de l'auteur de l'infraction⁸⁴. La lecture positiviste du criminel propose une tout autre version de l'individualisation, fondée cette

78 *Ibid.*, p. 464.

79 *Ibid.*, p. 546.

80 *Ibid.*, p. 568.

81 *Ibid.*, p. 568-569.

82 R. CASTEL, *De la dangerosité au risque*, *op. cit.*

83 F. MAC DONALD, Presidential Adress, *American Journal of Insanity*, juillet 1914, p. 9, cité in R. CASTEL, De la dangerosité au risque, *op. cit.*, p. 121.

84 Sur cette question, Y. CARTUYVELS, Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif: le jeu pluriel des sources en droit pénal, in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GERARD, F. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées. Vol. II., Normes internes infraconstitutionnelles*, Bruxelles, Anthemis-USL, 2012, pp. 55-104.

fois sur la *responsabilité sociale* de l'individu, soit le niveau de danger social ou de « *temebilità* »⁸⁵ d'un délinquant prédisposé au crime. Exit l'acte comme curseur premier de la pénalité et bienvenue à la personnalité criminelle comme fondement et limite de l'intervention pénale : dans sa réponse au problème du crime, le droit pénal, ses principes et ses fondements sont appelés à laisser la place à la science positive et à son savoir qui porte sur la nature du criminel et sa dangerosité.

Le second déplacement a trait aux limites de la réponse pénale. Droit de guerre, marqué par l'infliction de la souffrance, le droit pénal pensé par les classiques est un droit cadré par divers principes garantistes qui assurent son inscription dans le cadre d'un État de droit démocratique. Mais dès lors que l'objectif prioritaire devient la prévention du crime ou la défense de la société contre l'individu dangereux, les cadres de la pénalité classique sont clairement menacés par une logique proactive qui bouscule l'économie d'un droit classiquement réactif. Menace sur le principe de légalité des incriminations d'abord : si le crime est le symptôme d'une nature criminelle pré-existante, pourquoi attendre le crime pour intervenir ? S'il s'agit de se protéger contre une « criminalité latente et virtuelle », pourquoi ne pas se fonder sur d'autres facteurs prédictifs pour justifier l'intervention préventive ou protectrice ? Au nom de la dangerosité, l'intervention *ante-delictum* contre des « criminels de suspicion » devient possible et justifiée⁸⁶. Menace sur les principes de légalité et de proportionnalité des peines, ensuite : dès lors que le fondement de la peine n'est plus l'acte et sa gravité mais le criminel et sa dangerosité, que sa mesure n'est plus la responsabilité morale de l'auteur mais le danger social qu'il représente,

qu'il s'agit moins de punir que de prévenir, « l'axiome juridique que la loi seule doit fixer le maximum de durée des peines n'a plus de sens »⁸⁷. La peine prévue par la loi et dont le maximum doit rester proportionné au délit peut laisser la place à des mesures à durée indéfinie dont le terme pourrait être laissé, pourquoi pas, à l'appréciation des médecins. Dès lors, conclut un pénaliste comme Saleilles, par ailleurs favorable dans certaines limites à une individualisation administrative de la peine, « autant dire qu'il n'y a plus de droit pénal et que le Code pénal peut être abrogé »⁸⁸.

Entre le droit et la science, le conflit de légitimité que souligne le projet de l'anthropologie criminelle n'est pas qu'un enjeu de pouvoir professionnel. Il traduit, au prix de divers déplacements, une « sortie de l'univers du droit »⁸⁹ ou le dépassement du droit par la science comme pivot du contrôle social. Paradoxalement, la « dépénalisation » proposée ne se traduit pas par une atténuation du contrôle social mais par l'adoption d'autres modalités plus floues dont les conséquences sociales apparaissent dangereuses aux juristes. Ce transfert dans le contrôle social et ses risques sont bien mis en lumière aux États-Unis par l'avocat de Carrie Buck, dans sa réponse à la décision du juge Holmes d'autoriser la stérilisation de cette dernière : « un règne de docteurs sera inauguré et au nom de la science, de nouvelles classes seront ajoutées, même des races pourraient être insérées dans ce nouveau type de régulation et les pires formes de tyrannies pratiquées »⁹⁰. Le souci de protection absolue est sans limite. En France, R. Saleilles dénonce lui aussi le caractère « presque effrayant » dans « ses applications pratiques » du projet positiviste, dès lors que serait menée

85 Le terme est proposé par Garofalo in R. GAROFALO, *Criminologie*, Paris, Félix Alcan, 1891.

86 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, in R. OTTENHOF (éd.), *L'individualisation de la peine*, p. 94.

87 *Ibid.*

88 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, *op. cit.*, p. 95.

89 M. FOUCAULT, L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale, *Déviance et Société*, 1981, n°7, p. 416.

90 Cité in N. RAFTER, *The Criminal Brain. Understanding Biological Theories of Crime*, *op. cit.*, p. 121-122.

jusqu'à son terme cette «logique doctrinale, radicale et implacable»⁹¹. Et dans son commentaire sur l'œuvre de Saleilles, A. le Poittevin résume bien les enjeux de ce dépassement de la légalité par une science érigée en technologie sociale: «Même en écartant le type du criminel-né, mais en conservant avec l'École italienne cette conception que la peine est une sorte de traitement individuel dont la nature et la durée dépendent de la nocuité de l'anormal ou de l'antisocial, il resterait que le crime n'a qu'une valeur symptomatique pour dénoncer une personnalité criminelle et pour servir – avec tous autres symptômes – à un diagnostic judiciaire. Et la conclusion serait donc que la classification ne doit plus être faite entre les crimes et selon leur degré réel de gravité, mais entre les criminels et selon leur genre personnel de criminalité. Dans une logique radicale, la règle – nulle peine sans loi, nulle peine plus forte que celle de la loi – n'est plus alors qu'une vieille histoire démodée: elle doit être remplacée par une adaptation scientifique de la défense publique à la nature psychologique du criminel». Pour l'auteur, ce dépassement de la loi par le savoir des spécialistes et des experts est dangereux, en ce qu'il ouvre la porte à l'arbitraire et à un «meilleur des mondes» derrière le souci de sécurité maximale: «Qu'une autorité quelconque puisse faire enfermer et détenir un individu à titre de pénalité, d'amendement, de sûreté publique, sans faits limitativement déterminés par la loi ou, même pour ces faits, au-delà de ce qu'éprouve le sentiment de justice distributive dans des limites légales: et c'est finalement pour chacun le risque d'être ainsi atteint par l'arbitraire social soi-disant protecteur de la sécurité de tous»⁹².

91 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, op. cit., p. 87.

92 A. LE POITTEVIN, *L'individualisation de la peine*, Extrait de «L'œuvre juridique de R. Saleilles », 1914, http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/sanction/poittevin_individualisation.htm.

Conclusion

Avec la naissance de l'Anthropologie criminelle, la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle nous donnent le témoignage d'une forme particulière d'usage social du cerveau» par la science mise au service d'un projet d'ingénierie sociale. Dans un contexte très largement sécuritaire, l'approche biologisante du crime va servir d'instrument de gestion des populations dans le cadre d'un projet spécifique en voie de construction. À deux siècles de distance, ce qui est sans doute le plus frappant est à la fois la confiance absolue sinon aveugle de la science dans la vérité et la neutralité axiologique de ses propres constructions et les dérives d'un projet scientifique qui s'instrumentalise d'entrée lui-même à des fins sociales spécifiques. En face, on ne peut que constater les résistances qu'oppose à certaines formes d'absolutisme scientifique le relativisme prudent du droit et de ses catégories.

Il n'est pas sûr que, devant le retour d'une biologie criminelle, le jeu se rejoue de la même manière aujourd'hui. Nombre de neuro-scientistes sont nettement plus critiques à l'égard du pouvoir explicatif des neurosciences et méfiants à l'encontre du rôle qu'on voudrait leur faire jouer. Comme le soulignait récemment N. Rafter, le danger pourrait dès lors plutôt résider dans une lecture simpliste et manipulatrice des avancées de la science, une lecture qui ferait dire à la science ce qu'elle ne dit pas. Je lui laisse le mot de la fin: le problème de la biocriminologie «*lies not with the scientists who are investigating biological causes of crime but rather with simplistic or politically manipulative understandings of their work. To avoid the misappropriation of biocriminology for political ends... We need to learn how to question science intelligently and acknowledge our own ignorance*»⁹³.

93 N. RAFTER, *The Criminal Brain. Understanding Biological Theories of Crime*, New York, New York University Press, 2008, p. 246.

FAUT-IL (VRAIMENT) FOUETTER LES APACHES ? LES ERREMENTS DE LA RÉPRESSION DE LA JEUNESSE MARGINALE À LA CHARNIÈRE DU XX^e SIÈCLE

DOMINIQUE MESSINEO*

L'apache ou la construction médiatique de l'ennemi public

La figure de l'apache¹ apparaît dans le courant des premières années du XX^e siècle. Essentiellement d'origine urbaine, l'apache désigne le membre d'une bande de jeunes gens âgés entre 15 et 20 ans qui se caractérise par sa violence, son immoralité et son goût pour une mode extravagante². S'exprimant dans une langue argotique³,

il se singularise par ses tatouages⁴, et s'attache à défendre son territoire⁵ aux moyens d'armes⁶ et par une violence débridée, en un mot sauvage.

Gentleman du pavé, il vit principalement de la prostitution, exerce paresseusement le métier de souteneur ou se rend coupable de vol en bande organisé,

1928 ou le livre d'Alfredo NICEFORO, *Le génie de l'argot*, essai sur les langages spéciaux, les argots et les parlers magiques, Paris, Mercure de France, 1912.

4 Le grain de beauté sur la joue, les signes AP pour apaches parisiens sur le front, ou encore les lettres TF-travaux forcés voir sur cette question *Archives de l'anthropologie criminelle*, «L'homme tatoué» Tome 18, 1903, page 64 et suivantes décrivant les tatouages des apaches.

5 Les faubourgs, Montmartre, Belleville, le treizième arrondissement, les bas-fonds des Halles et du plateau de Beaubourg voir sur cette question du Paris-Apache, Dominique KALIFA, «Les lieux du crime, topographie criminelle et imaginaire social à Paris au XIX^e siècle», Publications de la Sorbonne, Société et représentation, 2004/1, n°17, page [131 -150], ainsi que Dominique KALIFA, *L'encre et le sang, récits de crime et de société à la Belle époque*, Paris, Fayard, 1995. Gérard JACQUEMET «La violence à Belleville au début du XX^e siècle», *Bulletin d'histoire de Paris et de l'île de France*, 1978, [141-167].

6 Le couteau principalement, la matraque, le nerf de bœuf ou le «coup du père François» qui consiste à attaquer par-derrière sa victime et à l'étrangler en lui passant un foulard autour du cou. Voir sur la question des techniques d'agression des apaches, le livre d'Eugène VILLIOD, *Comment on nous vole, comment on nous tue*, Collection Les plaies sociales, Paris, 1912.

* Centre de recherches juridiques Pothier - Université d'Orléans.

1 Michelle PERROT, «Dans le Paris de la Belle époque, «les apaches» première bande de jeunes» repris in *Les ombres de l'histoire, crime et châtement au XIX^e siècle*, Paris, Champ Flammarion, 2001, [351-364]. Voir aussi Quentin DELUERMOZ, *Chroniques du Paris apache*, Paris, Mercure de France, 2008. Voir aussi, Émile NOUGIER, «Drôle d'oiseau» autobiographie d'un voyou à la Belle époque, texte établi et présenté par Philippe Artières, Imago, Paris, 1998. Et aussi Gustave GUITTON, *Les apaches de Paris, mœurs inédites*, Paris, 1908.

2 Le terme «apache» est tantôt attribué au journaliste Arthur Dupin, qui forgea cette expression en 1902 pour relater un affrontement brutal entre deux bandes parisiennes, voir le livre de Pierre DRACHLINE et Claude PETIT-CASTELLI, *Casque d'or et les apaches*, Paris, Renaudot et C^e, 1990; tantôt au journaliste Victor Morris, journaliste au *Matin* et au *Petit Parisien*, voir alors Louis LATZARUS, «Les malfaiteurs parisiens», in *La Revue de Paris*, 1^{er} Juin 1912 [525-545].

3 À seul titre d'exemples on doit à la langue des apaches les mots «aminches», «marmite» pour désigner la prostituée, «poteaux», «thune», «se faire poisser» ou encore «suriner» voir sur cette question le livre de Jean LACASSAGNE, *L'argot du milieu*, Paris, Albin Michel,

de cambriolage, de guet-apens plus rarement encore de viol. Sa présence n'est pas uniquement parisienne puisqu'elle est aussi avérée à Marseille sous le nom de « *nervis* » mais aussi dans d'autres villes européennes, où on l'appelle « *hooligan* » ou « *garotters* » à Londres, « *teppista* » à Rome ou encore « *rowdies* » à Copenhague ou à Berlin. Véritables barbares d'un temps nouveau, ces apaches sont décrits fréquemment dans les journaux populaires comme des bandes de jeunes gens semblables aux Huns d'Attila ou aux Francs de Clovis. Le nom même d'apaches fait référence à cette dernière tribu indienne ayant réussi à tenir tête aux armées américaines. L'apache parisien se caractérise donc par des qualités guerrières mal utilisées⁷, dévoyées: l'audace, la force, la ruse et le sens de la solidarité de bande. Les descriptions des journaux populaires mentionnent un fonctionnement social hiérarchisé, des plans d'action, des stratégies de batailles ainsi que des procédures de jugement des traîtres ou de dissidents. Néanmoins, cette description du Paris-Apache tient essentiellement d'une opération de construction médiatique plutôt que d'une description raisonnée d'une réalité sociale⁸. Mettant en scène le folklore de la vie des faubourgs et de son irrémédiable violence, les journaux populaires fabriquent la figure de l'ennemi public à partir d'un matériau présent en substance constitué par la démoralisation de la classe populaire, la dissolution de l'honneur de la famille et la diffusion massive de l'alcoolisme.

La liste des journaux à grand tirage relatant les aventures des bandes informelles des Apaches est conséquente. Sans prétendre être exhaustif on retrouve leurs traces dans une grande variété de titres au premier

rang desquels on peut citer Le Rappel, le Matin, l'Éclair, la Libre parole, la Revue bleue, le Temps, le Figaro, le Petit Journal, l'Aurore, l'Assiette au beurre, le Petit Parisien, le Gaulois, Le Débat et y compris L'Humanité de Jaurès ainsi qu'une revue anarchiste intitulée La Barricade. Tous mentionnent à l'envi cette armée du crime innombrable qui encercle Paris et se tapit dans la nuit aux confins d'une ville en proie à une crise civilisationnelle. L'apache dans le regard, de la presse devient ainsi l'ennemi appartenant à une contre-société rejetant le travail et le rythme des usines, valorisant l'ostentation, le goût de la fête, le mépris du bourgeois, de l'employé et de la haine du flic.

Au-delà de cette représentation pittoresque qui se diffuse largement entre 1902 et 1907, on retrouve associé à l'*apacherie* des descriptions déjà classiques de la jeunesse urbaine, populaire et irrégulière. Les jeunes irréguliers⁹ forment, en effet, une population familière des villes industrielles depuis 1830. Majoritairement composés d'enfants situés au seuil de l'adolescence, ceux-ci présentent les traits symptomatiques d'une dérive criminelle certaine et fatale. Issus de familles défavorisées, où sévissent les ravages physiques et sociaux de l'alcoolisme; de familles indignes aux intérêts éducatifs des enfants, ces jeunes irréguliers vagabondent, s'adonnent à la boisson, au vol à l'étalage, fréquentent les dépôts des commissariats et apprennent des exploits des apaches dans les salles d'audience, finissant inévitablement par devenir eux-mêmes apaches à la sortie des maisons de correction¹⁰.

Le croisement de cette ancienne préoccupation sociale d'une enfance plus malheureuse que coupable

7 Louis LATZARUS « Les malfaiteurs parisiens », *op. cit.*, p. 544.

8 Cette histoire déjà bien connue doit être néanmoins nuancée par la référence au livre de Cristina Bettina SCHMIDT, *Jugendkriminalität und Gesellschaftskrisen. Umbrüche, Denkmodelle und Lösungsstrategien im Frankreich der Dritten Republik (1900-1914)*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2005.

9 Voir sur cette question Dominique MESSINEO, *Jeunesse irrégulière, moralisation, correction et tutelle judiciaire*, Presses universitaires de Rennes, 2015. Ou encore Marie-Sylvie DUPONT-BOUCHAT et Éric PIERRE (sous dir), *Enfant et justice au XIX^e siècle*, PUF, 2001.

10 Louis DELZONS, « Les tribunaux pour enfants », in *La revue des deux mondes*, 1909, [885-900].

avec le phénomène nouveau de la violence des jeunes hommes apaches a pour résultat d'alimenter de manière surabondante l'angoisse majeure d'une crise de la répression menaçant les fondements d'une société livrée au laxisme intrinsèque du régime républicain. Le problème de la délinquance juvénile cristallise ainsi le discours de la décadence morale d'une société qui semble vivre une lente agonie. Un monde nouveau peine encore à se dessiner dans cette atmosphère brouillée où les identités sont incertaines, fragiles et déficientes. 50 ans d'actions philanthropiques à destination de cette jeunesse irrégulière n'ont pas porté les fruits escomptés d'une mise sous tutelle publique des familles indignes aux intérêts de l'enfance. L'insuffisance de la prévention des comportements criminels par le maintien coupable de lois empêchant le transfert de la souveraineté familiale vers des sociétés philanthropiques ou vers l'assistance publique se double désormais d'une dénonciation virulente des faiblesses de la répression contre une violence déchaînée. La police parisienne semble en effet dépourvue de moyens efficaces pour enrayer cette criminalité débridée, usant des techniques modernes de l'automobile, du télégraphe et du train pour semer le chaos¹¹.

La crise de la répression: le plaidoyer du recours au fouet et aux peines corporelles

Pendant longtemps cette inquiétude soulevée par la délinquance des mineurs, son rajeunissement constant et sa désespérance tragique était restée cantonnée au

11 Voir les nombreuses interventions du préfet Lépine contre l'indulgence des magistrats et la faiblesse des moyens alloués aux forces de police. Que faire avec 8000 agents lorsque les apaches sont presque 30000 ne cesse de redire Lépine à l'instar de la presse populaire dans les séances du Conseil municipal de Paris et dans les relais d'opinion de la criminologie que sont les revues savantes, les *Archives d'anthropologie criminelle* et la *Revue pénitentiaire* notamment.

cercle restreint des criminologues et des philanthropes. Néanmoins, à mesure que les apaches et l'origine mystérieuse de leur violence gratuite deviennent un sujet alimentant en permanence les pages des faits divers, les dangers qu'ils font courir à la société se transforment en un problème social prégnant dénoncé par des autorités publiques aiguillonnées par une opinion publique terrorisée. L'apache achève donc au terme de cette campagne de presse alarmiste par «relier toutes les formes de délinquance urbaine, de la plus bénigne à la plus criminelle, en un amalgame tenace»¹². De sorte que la description de manière exagérée de cette armée du crime à la Belle époque finira par traduire au niveau des élites la prise de conscience du danger de la délinquance juvénile, remplaçant ainsi les anciennes craintes relatives à l'enfance vagabonde du début du XIX^e siècle.

Le terme même d'apache, commence à se diffuser dans des cercles publics, politiques, savants et judiciaires. Les débats au Conseil municipal de Paris traduisent cette montée d'angoisse populaire¹³. Les revues savantes et influentes telles que les *Archives d'anthropologie criminelle* et la *Revue pénitentiaire* éditée par la Société générale des prisons adoptent ce vocable pour désigner toute forme de délinquance et de désordres imputables à la jeunesse urbaine. Les exploits des apaches résonnent aussi au sein de la Chambre des députés et des prétoires de Cours d'assises. Le risque criminel que font peser sur la société les bandes d'apaches, interpelle par conséquent les responsables

12 Annie STORA-LAMARE, «L'identité du jeune délinquant chez le philosophe Alfred Fouillée», *Les âmes mal nées, jeunesse et délinquance urbaine en France et en Europe (XIX^e-XX^e siècles)*, Presses universitaires de Franche-Comté, 2006 [279-292].

13 Le terme même d'apache apparaît au sein du Conseil municipal de Paris dès 1900 mais se popularise entre 1903 et 1904, sa référence devient quasi-quotidienne entre 1909 et 1911, lorsqu'il s'agit de réduire le repaire des apaches que constitue le bois de Boulogne. Voir plus particulièrement les comptes rendus des séances dans les numéros du Bulletin municipal officiel de la ville de Paris.

politiques et les professionnels du phénomène criminel que sont les médecins et les magistrats.

L'élargissement de la perception de l'*apacherie* aux élites s'accompagne d'une volonté de dénoncer la crise de la répression¹⁴. Comme prise de panique, la société de la Belle époque, développe, en effet, une rhétorique sécuritaire sans rapport avec l'état réel de la délinquance¹⁵. Quelles réponses concrètes, efficaces et utiles les autorités peuvent-elles apporter contre ces 30 000 individus comme semblent l'affirmer les journaux ou, ne serait-ce, contre ces 13 000 supplétifs du crime comme le soutient le député Berry¹⁶, ou bien encore, contre ces 20 000 sinistres sauvages comme le pensent les criminologues des *archives de l'anthropologie criminelle*¹⁷?

La situation semble d'autant plus urgente que l'inapplication de la loi sur la relégation¹⁸ a pour résultat

de peupler la ville de récidivistes exerçant une violence aveugle à l'encontre des honnêtes citoyens, des faibles et des innocents. Des moyens radicaux paraissent donc se justifier. Bientôt, les descriptions des exploits des Apaches côtoient des appels à la vengeance populaire. La solution du fouet s'impose par conséquent en raison de l'état de déliquescence dans lequel s'enferme le pays. Cette volonté de réintroduire la pratique des châtements corporels dans l'arsenal répressif s'alimente d'exemples de législations étrangères ayant fait le choix courageux de fouetter les apaches. La loi anglaise, rapidement imitée par les gouvernements danois et suédois constitue ainsi un horizon vers lequel les sociétés soucieuses de réinstaurer l'esprit de discipline doivent marcher.

Les milieux conservateurs (magistrats, criminologues, médecins aliénistes, et quelques députés marginaux) dénoncent l'esprit de modération des lois républicaines et leurs faiblesses consubstantielles. Le thème de la crise de la répression se focalise alors sur la sensiblerie et l'esprit nocif des sentiments humanitaires d'une justice poursuivant l'illusoire amélioration de la condition morale des détenus. La prison au contraire d'intimider, devient par l'effet combiné des lois sur la libération conditionnelle et du sursis, des lieux confortables, sains et hygiéniques où se reproduit le cycle infernal de la criminalité. À l'instar des directives formulées par le procureur général de la Cour d'Appel de Lyon, William Loubat¹⁹, une réponse énergique doit être entreprise contre les apaches²⁰. À

14 Voir Dominique KALIFA, «Magistrature et « crise de la répression » à la veille de la Grande guerre (1911-1912)» revue *Vingtième siècle*, Presses de Sciences-po, n°67, 2000 [43-59].

15 Jean-Claude Farcy «Essai de mesure de la délinquance juvénile dans le Paris du XIX^e siècle», *Les âmes mal nées, op. cit.*, [33-48].

16 Voir les interventions du député Georges Berry à la Chambre les 24 et 25 mars 1910, Journal officiel de la République française, lois et décrets, 25 mars 1910, [1589-1602] et celles du 12 novembre 1909, Journal officiel de la République Française, Lois et décrets, 13 novembre 1909 [2641-2648].

17 Voir notamment les nombreux articles d'Alexandre Lacassagne parus aux *Archives d'anthropologie criminelle* entre 1905 et 1914, en particulier «Des transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale», *Archives d'anthropologie criminelle*, 1913, [319-364].

18 Loi du 27 mai 1885 instaurant la relégation des récidivistes. Voir sur cette question l'article de Jean-Julien Sanchez «La relégation (loi du 27 mai 1885)», *Criminocorpus* [En ligne], Les bagnes coloniaux, Articles, mis en ligne le 01 janvier 2005, URL: <http://criminocorpus.revues.org/181>; DOI: 10.4000/criminocorpus.181. Ainsi que Bernard Schnapper, *La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle. Voies nouvelles en histoire du droit, la justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles)*, PUF, Publications de la faculté de droit de Poitiers, 1991, p. 313-351 et Martine Kaluszynski., *La*

République à l'épreuve du crime. La construction du crime comme objet politique. 1880-1920. L. G. D. J., Paris, 2002, 251 p.

19 William LOUBAT, «La crise de la répression», *Revue politique et parlementaire*, 1911, tome LXVIII n°204, [434-468] et tome LXIX, n°205 [5-27] voir aussi les discussions sur le rapport Loubat dans le *Bulletin de la société générale des prisons*, 1912, [655-692] et [796-844].

20 Loubat est l'un des rares magistrats avec Jean Signorel, procureur à Toulouse, à vouloir recourir au fouet à la peine du Hard Labour. Voir Jean SIGNOREL, *Le crime et la défense sociale*, Paris, Berger-Levrault, 1912.

l'indulgence et l'inconséquence des tribunaux doivent succéder désormais l'esprit de rigueur et l'intransigeance des bourreaux.

À la suite de la publication en 1910 du docteur Lejeune, *Faut-il fouetter les apaches?*²¹, certains jurys d'assises émettent des vœux auprès de la Chancellerie pour envisager le recours aux châtiments corporels. Il en est ainsi des membres du jury d'assises des Bouches du Rhône qui, «frappés du nombre toujours croissant de jeunes accusés, reconnus coupables en France, ont l'honneur d'exprimer le vœu que les châtiments corporels soient inscrits dans nos lois pour punir sévèrement les attentats commis avec violence contre les personnes et les propriétés». Cette position, loin d'être isolée, sera ensuite reprise par le jury d'assises de la Seine, des Ardennes, de la Seine-inférieure et du Rhône en 1910 et 1911²².

Devenue par l'effet d'une presse toujours plus excessive²³ une question de société, débattue au sein même des loges maçonniques, l'administration du

fouet rentre dans la sphère d'étude des criminologues et des médecins. Fervent partisan de la méthode forte, Alexandre Lacassagne l'évoque ainsi longuement dans un livre paru en 1908 intitulé *peine de mort et criminalité*. Installant un climat intellectuel propice, propre à la situation lyonnaise, une thèse de droit sera même soutenue en 1912 à la faculté de droit de Lyon²⁴ sur ce thème.

Les médecins et les criminologues estiment que cette technique de répression est particulièrement adaptée pour une jeunesse urbaine impulsive, lâche et craintive «faiblissant de suite devant une autorité qui s'affirme par des moyens vulnérants et par conséquent persuasifs.»²⁵ La réintroduction des châtiments corporels se justifie en outre par l'ambiance particulièrement hostile d'une société en voie avancée de décadence. Le recours à la violence ne demeure pas en effet l'apanage des bandes criminelles dans la mesure où les moralistes ne perdent pas une occasion de rappeler combien les situations de travail sont, elles aussi, conflictuelles. La crise générale des disciplines traditionnelles en ce début de XX^e siècle affecte particulièrement le monde du travail, de l'école et du régiment. La vie en société semble par conséquent durablement menacée par la concurrence sans pitié pour les faibles et les inadaptés à laquelle se livrent la majorité des individus. La perception darwiniste de la société a pour résultat de déduire de la lutte pour la vie la justification de l'usage du fouet. Le juriste, Hyppolite Laurent, soutiendra ainsi dans sa thèse l'idée que la société soit intellectuellement prête à légitimer le recours aux châtiments corporels. En effet, tout porte à croire

21 Jules LEJEUNE, *Faut-il fouetter les apaches?, la criminalité dans les grandes villes: psychophysiologie de l'apache; la pénalité applicable aux apaches, son insuffisance; les châtiments corporels, esquisse de la flagellation pénale dans l'histoire et en législation comparée; les apaches et le fouet*, Paris, Librairie du temps, 1910.

22 Voir les vœux des jurys repris dans les *Archives de l'anthropologie criminelle* in *Archives d'anthropologie criminelles*, 1911, page [235-236].

23 Un exemple parmi tant d'autres de la violence de la presse à l'égard des apaches: «Les uns préoccupés surtout d'assurer l'ordre public, la sécurité des citoyens, n'hésitent pas à recommander que la peine du fouet soit appliquée aux apaches. Ils remarquent avec raison que cette catégorie de criminels ne mérite aucune pitié. Vivant pour la plupart de ressources inavouables du vol et de la prostitution, ils tuent pour le plaisir, par sport ou vanité. L'assassinat est pour eux un titre d'honneur professionnel. Ce sont des bêtes malfaisantes et si attaqué par l'un d'entre eux, vous aviez un revolver dans votre poche, vous l'abattriez aussi froidement qu'un chien enragé. Si donc en les fouettant on pouvait les dégoutter du crime on ferait une besogne d'utilité publique et la rigueur du châtiment serait justifiée par l'importance du résultat», *le Petit Parisien*, 29 mai 1908.

24 Hyppolite LAURENT, *Les châtiments corporels: la peine capitale; le fouet aux apaches, étude historique et critique de la législation comparée*, Thèse pour le doctorat (sciences juridiques), Lyon, Phily, 1912, 364 pages.

25 Alexandre LACASSAGNE, «Les châtiments corporels en Angleterre», *Archives d'anthropologie criminelle*, Tome 26, 1911, [35-45].

que l'époque soit mûre pour opérer un renversement des principes humanistes hérités des Lumières. «L'intensité de la lutte pour l'existence», écrit-il, «le développement des luttes de classes, les procédés de concurrence vitale employés par les particuliers dans la vie sociale actuelle (châtiments infligés aux jaunes par les grévistes: nerf de bœuf, bâton, chaussette à clous) semblent montrer dans le peuple l'existence de mœurs ne pouvant pas être opposées à l'idée de pénalité corporelle»²⁶.

De surcroît, l'exemple de la législation anglaise permet d'envisager l'adaptation des châtimets corporels aux standards de respect de la vie et de la dignité humaine. L'éclat des supplices digne des pratiques barbares du Moyen-Âge ou de l'Ancien régime ne saurait constituer un modèle à reproduire. Au contraire, la présentation fort positive de la législation anglaise prévoyant l'administration du fouet aux souteneurs, jeunes vagabonds et voleurs met en valeur les garanties pénales permettant de conférer à cette pratique un caractère réglementé et médical. Le fouet est alors envisagé comme un instrument de correction et de prophylaxie sociale non comme une sanction barbare et désordonnée. Mesure pénale tout à fait honorable et efficace²⁷ la peine du fouet a acquis une forte respectabilité depuis sa modernisation par la loi dite du *Garotters act* de 1863. Bref, à l'issue de cette campagne de presse le fouet apparaît comme l'instrument de la sainte-terreur, ayant permis en moins de 18 mois de débarrasser Londres des Apaches et des hooligans en immunisant la magistrature de tout accès de sensiblerie exagérée.

La solution de fouetter les apaches n'est pas la seule mesure envisagée afin de «remédier à l'insuffisance de la répression». La colonisation²⁸ forcée ou encore le développement des moyens d'auto-défense²⁹ et du port d'armes pour les bourgeois honorables³⁰ sont hardiment promus par les criminalistes de tout genre. Enfin, de manière plus marginale mais non moins symptomatique de la violence du discours sécuritaire, la promotion de la peine de castration pour les apaches est même défendue.

Cette initiative visant à arrêter le cycle infernal de la dégénérescence de la famille et de la récidive congénitale est portée par des médecins auteurs des propos particulièrement haineux paraissant dans des revues professionnelles telles que la *chronique médicale*, la *caducée* ou encore le *journal de médecine et de chirurgie pratique à l'usage des médecins*. On peut par exemple lire sous la plume d'un médecin militaire un manifeste, qui malgré un humour noir assumé, ne dissimule aucunement sa radicalité purificatrice. «*Supprimons la guillotine, mais tranchons dans le vif sans hésitation. La collectivité sociale a le devoir de se protéger contre ces horribles déchets humains et surtout contre la descendance de ces procréateurs dégénérés [...] les apaches et leur descendance nuisent à la classe ouvrière tout entière, dont ils compromettent l'évolution normale vers un avenir meilleur, par les charges écrasantes qu'ils imposent à la collectivité*» [...] *c'est une mauvaise graine sociale que nous avons le devoir de détruire vis-à-vis de nos descendants. Quel poids, quel obstacle au*

26 Hyppolite LAURENT, *op. cit.*, Page 124.

27 Le fouet est composé de lanières de cuir, le fameux chat à neuf queues. Le supplice n'est pas public mais a lieu au sein de la prison sous la surveillance d'un médecin. Limité à une trentaine de coups la peine du fouet trouve son efficacité, non dans les blessures qu'elle inflige, mais dans la crainte qu'elle procure auprès d'une population particulièrement veule, voir «Les châtimets corporels en Angleterre», *op. cit.*,

28 Voir notamment «La colonisation intérieure de l'Afrique et la déportation» in Théodore VIBERT, *La philosophie de la colonisation*, Paris, 1906.

29 Voir par exemple les manuels de culture physique d'Albert Surier nettement eugéniste et fasciné par la force, ainsi que les numéros de sa revue *La culture physique*, notamment le N°66 du 1^{er} octobre 1907.

30 Georges HONNORAT «Du désarmement des apaches», *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1910, [1043-1047].

progrès social que cette trainée de dégénérés, honte de notre civilisation»³¹.

Ces propos bien qu'assez rares et somme toute confidentiels font écho à la pratique de la castration médicale votée en 1907 dans l'État de l'Indiana en vue « d'empêcher la transmission héréditaire de criminalité, de l'idiotie et de la faiblesse d'esprit »³². Cette législation qualifiée par certains collaborateurs des *Archives d'anthropologie criminelle* « d'innovation de la plus haute importance au point de vue de la politique criminelle »³³ fait alors l'objet de plusieurs recensions élogieuses dans le *journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* d'Édouard Clunet, dans la très influente *Revue pénitentiaire* ou encore dans les revues médicales mentionnant l'adoption d'une mesure similaire dans l'état de l'Oregon, du Connecticut et de New York³⁴.

Les résistances du législateur et la lutte vaine contre la formation des vies irrégulières

Pour autant, malgré cette intense campagne médiatique en faveur du fouet et des châtiments corporels, les législateurs et les pouvoirs publics rechignent à porter cette mesure devant le parlement. Le député puis sénateur Étienne Flandin propose entre 1908 et 1913 une révision des lois sur le vagabondage et la mendicité à coloration préventive fondée sur le principe de l'assistance par le travail. Ignorant la presse qui gonfle mécaniquement l'état réel de la criminalité par la concurrence à laquelle

se livrent les journaux à grand tirage, Flandin rejette tout recours à l'utilisation de la violence pour éradiquer la cause première de tous les désordres urbains. Au contraire, s'inspirant des exemples des législations européennes le parlementaire propose de créer un maillage territorial formé d'institutions de bienfaisance, consacrées au relèvement des honnêtes vagabonds plus malheureux que coupables³⁵, et de maisons de travail forcé ou de correction pour les vagabonds incorrigibles et les mendiants d'habitude à qui pourraient être appliquées des mesures de police particulièrement rigoureuses, modulées et adaptées à leurs personnalités, leurs parcours individuels ainsi qu'à leur degré de « perversité morale »³⁶.

Un effort de classification et de différenciation des vagabonds et mendiants permettrait alors de justifier le recours à la rigueur du droit pénal pour les vagabonds volontaires ; le bénéfice de l'hospitalisation pour les plus faibles et enfin pour tous les autres l'assistance par le travail afin de reclasser les victimes accidentelles de la misère et des dysfonctionnements familiaux.

Sans mentionner nommément les bandes d'Apaches, le rapport Flandin et les différentes moutures de proposition de lois qui en découleront, chercheront néanmoins à porter un coup d'arrêt à la formation de cette criminalité. En effet, la disposition principale de cette proposition de loi, qui malgré l'opiniâtreté de son auteur ne sera jamais adoptée³⁷, visait à renouveler

31 M. G VIAUD-BRUANT, « Castrons les apaches », *La Chronique Médicale*, 15 avril 1909, N°16 [241-247].

32 Voir sur cette question Jean SUTTER, *L'eugénisme, problèmes, méthodes, résultats*, Paris, PUF, 1950.

33 Raphael SIMONS « L'école positive et ses adversaires », *Archives d'anthropologie criminelle*, 1911 [82-100].

34 Voir ainsi, G SCHREIBER « Considérations sur l'amélioration de la race humaine, la stérilisation artificielle, les mesures pratiques et négatives, la stérilisation de nos jours aux États-Unis », *La presse médicale*, Mercredi 12 mars 1913, N°21 [284-287].

35 Enfants en situation de danger moral, enfants coupables de délits mais acquittés comme ayant agi sans discernement, vieillards isolés, chômeurs involontaires, invalides, infirmes et malades.

36 Étienne Flandin, Rapport fait au nom de la Commission chargée de l'examen de la proposition de loi d'Étienne Flandin relative à la révision des lois pénales concernant la mendicité, le vagabondage et le vagabondage spécial, à l'organisation de l'assistance par le travail et à la surveillance des nomades exerçant des professions ambulantes, Sénat, 1911, [3-98].

37 La proposition de loi Flandin portant réforme des lois sur le vagabondage et sur le vagabondage des mineurs sera constamment déposée et discutée entre 1908 et 1913. Sans succès, elle sera de

en profondeur la législation sur le vagabondage des mineurs en y associant l'ensemble des états liés aux métiers inavouables et prohibés de la prostitution³⁸. La dissociation du vagabondage d'avec la mendicité, la misère et le dénuement reflète la volonté d'appréhender le vagabondage exclusivement sous l'angle de la règle morale. Mode de vie considéré comme criminogène, le vagabondage constitue « l'école primaire du crime » traduisant « la désorganisation matérielle ou morale plus ou moins avancée du milieu domestique dans lequel le mineur vit »³⁹. Soulignant la dangereuse augmentation de la délinquance juvénile, Étienne Flandin reprend alors à son compte le discours pittoresque de la formation des vies irrégulières.

En soi, le vagabondage se révèle être le symptôme implacable de l'état de désagrégation sociale des centres urbains. « *L'enfant* » écrit-il « *dans nos grandes villes surtout, commence par flâner, rebelle au travail et s'affranchissant de toute surveillance; le voilà déambulant à travers les rues, guidé par les plus mauvais instincts, en proie aux pires tentations, s'il a quelques sous en poche, il s'en va vite les dépenser, puis il mendie, puis il vole à l'étalage, il « fait un porte-monnaie » dans les poches d'un passant. C'est sa première action d'éclat en attendant que s'accouplant à une*

quelconque jeune fille aux formes encore indécises, mais à l'œil vicieux et prometteur de débauche, il s'enrôle dans les bandes embrigadées de malfaiteurs, de souteneurs et de filles qui cambriolent et qui tuent. Vagabondage, mendicité, prostitution, vol ce sont là les étapes successives qui font de l'enfant délinquant l'adulte criminel »⁴⁰. Ainsi pour tarir l'armée du crime, il convient avant toute chose d'assécher son recrutement en portant une sollicitude particulière pour l'enfance moralement abandonnée formant le bataillon des jeunes coupables.

La question que cherche à résoudre Flandin est celle qui se branche sur plus de 50 ans de lutte vaine pour réduire le problème de la jeunesse irrégulière⁴¹. En supposant l'adoption d'une loi nouvelle visant à réprimer immédiatement le mode de vie habituel des irréguliers, le député de l'Yonne entendait rendre plus efficace le dispositif juridique de protection de l'enfance moralement abandonnée. Celle-ci, fausse jumelle de l'enfance délinquante, partage une expérience commune : celle de la désunion familiale, de l'absence de direction morale et de l'indiscipline viscérale. Considérant le mineur délaissé tout à la fois victime et coupable en puissance, les lois du 24 juillet 1889⁴² et celle du 19 avril 1898⁴³ prévoyaient que le mineur en état d'abandon moral et celui auteur ou victime d'infractions ne serait ni envoyé dans une institution à caractère pénitentiaire, ni remis à ses parents mais placé sous la surveillance d'institutions de bienfaisance ayant pour mission de les

nouveau déposée par le même sénateur en 1917 et en 1921. Flandin décédera l'année suivante sans que sa loi sur le vagabondage ait été adoptée, seules les mesures de contrôle des déplacements des nomades le seront.

38 L'article que Flandin a cherché pendant des années à introduire dans le Code pénal pour réviser les dispositions des articles 270 et 271 du Code pénal sur le vagabondage était rédigé ainsi « Seront considérés comme vagabonds les mineurs de 18 ans qui, ayant sans cause légitime quitté le domicile légal de leurs parents ou tuteurs, les lieux où ils étaient placés par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés, auront été trouvés soit errants, soit logeant en garni ; soit n'exerçant aucune profession régulière, soit tirant leurs ressources de la débauche ou de métiers prohibés ».

39 Périclès GRIMANELLI « Le vagabondage des mineurs, proposition de loi de M. Étienne Flandin », *Revue politique et parlementaire*, 1908, [272-288].

40 Étienne FLANDIN, Rapport, *op. cit.*, Page 29.

41 Voir notamment la loi fondamentale de l'éducation correctionnelle du 5 août 1850, Loi sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus. Cette loi organisait le régime pénitentiaire des mineurs jugés en vertu de l'article 66 du Code pénal comme ayant agi sans discernement mais soumis à un placement dans une colonie pénitentiaire jusqu'aux vingt ans révolus du prévenu.

42 Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.

43 Loi sur la répression des violences, voies de faits, actes de cruautés et attentats commis envers les enfants.

préservé et de les régénérer. Avec la réforme envisagée des lois sur le vagabondage, les mineurs pris en flagrant délit d'*insurveillance*, et, selon l'examen attentif des circonstances, seraient pour les plus incorrigibles envoyés dans une colonie correctionnelle et, pour ceux dont on peut espérer une réforme, placés dans un établissement de bienfaisance ou hospitalière. La proposition de loi Flandin élargissait par conséquent la prise en charge automatique des mineurs de 18 ans présentant un risque social de conduite délinquante. En soi elle supposait deux éléments supplémentaires qui devaient en assurer le succès : la volonté politique d'assumer la direction et la tutelle des enfants des classes populaires en lieu et place des familles défaillantes et par suite des moyens administratifs considérables pour entreprendre cette œuvre de régénération sociale⁴⁴. La société et l'État n'ayant ni l'une ni l'autre de ces volontés, le problème de la gestion des vies irrégulières butait sur une impasse et sur une frustration sociale alimentant les discours sécuritaires et les populismes pénaux les plus radicaux.

En définitive, derrière ces discours angoissés la société semble désarmée. Impuissante à attribuer une place à ces individus accumulant les conséquences des mutations sociales qui affectent les marginaux de l'industrialisation (parcours chaotiques, misère, fugue, déclassement, travail irrégulier) la société n'a d'autre solution que de s'en remettre à des moyens d'exception. À défaut de l'administration du fouet, comment appréhender et résoudre les effets de l'idiosyncrasie sauvage des apaches parisiens ? Comment affronter et comprendre cette concentration des tares de la société de la Belle époque qui sont pour elle : la fainéantise, l'alcoolisme, la vie des bas-fonds, les maladies héréditaires

44 Notamment un réseau de maison de réforme et de préservation et d'éducateurs sociaux sans lien aucun avec toute idée de pénalité et de pratiques pénitentiaires à l'image de l'école de préservation de Montesson fondée par le département de la Seine et confiée à Théophile Roussel.

et les dysfonctionnements familiaux ? C'est pourquoi, cette sauvagerie apache deviendra sous le regard de ceux qui y seront confrontés, les signes éclatants de la dégénérescence morale et physique grevant le corps social. Ayant échappé à la police, à la maison de correction et aux programmes préventifs de la philanthropie, les apaches ne pourront pas cependant se soustraire à l'obligation du service militaire. Sous le regard des médecins militaires une nouvelle grille de lecture du phénomène apache sera élaborée. Celle-ci liant la dégénérescence à la criminalité induira une nécessaire transformation du droit pénal par l'intégration de la notion d'état dangereux.

Les apaches dans les régiments disciplinaires d'infanterie légère d'Afrique : un problème de dégénérescence

La faiblesse des réactions civiles a pour conséquence de transférer la gestion du problème d'ordre public de *l'apacherie* à un nouvel acteur capable de fermeté et de discipline. Les défaillances sociales associées aux prétendues indulgences coupables de la magistrature semblent pouvoir être assumées par l'armée et le service militaire obligatoire. En effet, l'absence d'une tutelle suffisamment prégnante sur les enfants des classes populaires s'interposant entre l'école et le régiment ainsi que l'insuffisance du réseau d'écoles de réforme et de préservation pour des enfants soustraits à des familles indignes, engage la société à devoir intervenir tardivement et à attendre le moment de l'incorporation sous les drapeaux pour pouvoir confronter le jeune apache au monde de la discipline militaire, de la sanction, de l'honneur et de l'esprit de responsabilisation. Le passage de l'apache dans les casernes, dans les régiments d'infanterie légère d'Afrique, ainsi que dans les bagnes coloniaux de l'armée réservés aux réfractaires permet alors de mesurer les dangers sociaux que font courir ces

bandes de jeunes urbains⁴⁵. Tout comme la présence des apaches dans Paris ou Marseille est longuement dénoncée et commentée dans les journaux, celle de la contamination des casernes⁴⁶ par l'armée du crime fait l'objet d'un puissant investissement, notamment de la part des médecins, qui décentrent la question de l'*apacherie* sur le terrain de la dégénérescence et de l'importance de dépister les anormaux psychiques.

La question de la prise en charge par l'armée des apaches est une conséquence immédiate de la loi du 21 mars 1905⁴⁷ sur le recrutement de l'armée faisant du service militaire une obligation rigoureusement égale et personnelle pour toutes les catégories de citoyens. L'article 5 de la loi, qui semble avoir été spécifiquement écrit pour les apaches, prévoit que les condamnés à au moins 6 mois de prison pour des faits de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, d'outrage public à la pudeur, d'attentats aux mœurs, de vagabondage et ceux coupables d'avoir exercé le métier de souteneur seront envoyés dans les bataillons d'infanterie légère d'Afrique pour y effectuer leur service national. De la même manière, les engagés volontaires ayant eu affaire à la justice criminelle pour ces motifs sont incorporés aux fameux *bat'd'af* une fois leur peine expirée. Cette loi réorganisant le service national

est néanmoins vivement dénoncée par le député Georges Berry mettant en avant la contamination des bataillons de la métropole par les apaches. Dans une intervention à la Chambre des députés en 1909, le député de Paris estimait en effet que seuls 10% des conscrits étaient dirigés vers les bataillons d'Afrique, en sorte que plus de 11 000 conscrits ayant été condamnés étaient incorporés dans les casernes métropolitaines, là où la discipline et les conditions de vie étaient les moins adaptées à cette population dangereuse et corrompue⁴⁸.

Ces mauvais soldats, indisciplinés, paresseux, craintifs, violents, alcooliques et en mauvaise santé méritaient donc d'être séparés des contingents indemnes de toute présence criminelle ou irrégulière. Par une loi du 11 avril 1910⁴⁹ Georges Berry prendra des dispositions plus répressives pour accélérer le transfert des apaches et des indisciplinés de l'armée vers les bataillons d'Afrique du Nord (Algérie, Tunisie)⁵⁰. Le passage systématique des apaches par cette étape disciplinaire et rigoureuse est envisagé par certains médecins criminologues comme le moyen de percer le psychisme de ces jeunes gens présentés sous les traits de la dégénérescence. On voit ainsi apparaître et se multiplier dans les années précédant la Grande guerre, des écrits de médecins-majors de l'armée intitulés «*des dégénérés dans les bataillons d'Afrique*»⁵¹, des articles dans les revues médicales sur

45 Voir notamment, Dominique KALIFA, *Biribi, Les bagnes coloniaux de l'armée française*, Paris, Perrin, 2009. Voir aussi Odile ROYNETTE, «Les apaches à la caserne», *La plume et le sabre*, Hommages offerts à Jean-Paul Bertaud, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002 [353-368]. Sur Biribi voir le livre enquête d'Albert LONDRES, *Dante n'avait rien vu*, Paris, Albin Michel, 1924.

46 Voir à seul titre d'exemple «les apaches dans l'armée», *Les Annales catholiques*, Revue religieuse hebdomadaire de la France et de l'Église, 39^e année, N°2.068, 23 janvier 1910 ou encore le numéro de «l'Assiette au beurre», consacré à la question des apaches dans les armées, n°454, 11 décembre 1909.

47 Loi du 21 mars 1905 modifiant la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée en réduisant à deux ans la durée du service dans l'armée active, Bulletin des lois de la République française, N°2616.

48 Georges Berry, intervention à la Chambre des députés, le 12 novembre 1909, Journal officiel du 13 novembre 1909, Page 2641 et suivantes.

49 Loi du 11 avril 1910, in Journal officiel de la République Française, lois et décrets, Jeudi 14 avril 1914, Page 3381.

50 Cette loi prévoit que les condamnés à une peine de 3 mois de prison seront envoyés dans les bataillons de l'infanterie légère d'Afrique du Nord. La loi précédente ne prévoyait cette disposition que pour les condamnés à une peine d'au moins 6 mois de prison.

51 René JUDE, *Les dégénérés dans les bataillons d'Afrique*, Vannes, Le Beau, 1907.

les «*dégénérés dans les armées*»⁵², des thèses de médecine sur «*les indisciplinés normaux ou anormaux dans les armées*»⁵³ ou encore celle traitant «*des dégénérés dans les armées coloniales*»⁵⁴. On recense en outre des études médicales visant le «*le traitement rationnel des apaches dans les armées*»⁵⁵ ou traitant de «*l'aliénation dans les armées coloniales*», enfin, le livre faisant autorité intitulé «*des maladies mentales dans les armées françaises*»⁵⁶ par les psychiatres Antheaume et Mignot.

Ces études s'intègrent dans la vaste question obsédante qui forme la théorie de la dégénérescence depuis le milieu du XIX^e siècle et qui poursuit d'une certaine façon les intuitions de Lombroso en examinant les conséquences sociales de la folie héréditaire et de la régression. La dégénérescence et la criminalité⁵⁷ forment

alors un couple indissociable⁵⁸, une épaisseur psychique qu'il convient de cerner, de comprendre et d'encadrer par des moyens prophylactiques, médico-pédagogiques ou hygiéniques. Cette nouvelle grille d'analyse a pour effet de dépasser la théorie classique de la responsabilité fondée sur le libre-arbitre. Au contraire, faire de la dégénérescence la cause du développement croissant de la criminalité des classes populaires emporte pour conséquence de retracer les chemins des déterminismes, de les qualifier, de les soupeser et de vérifier leur impact sur une volonté devenue complètement ou partiellement paralysée. La déconstruction méthodique de la théorie du criminel-né de Lombroso a en fait donné naissance à celle du criminel dégénéré dont la marque singulière consiste à expliquer le crime par l'impulsivité. L'impulsivité sert donc de critérium à la dégénérescence⁵⁹. Or cette impulsivité varie suivant les formes biologiques et sociales de la régression qui affecte un individu s'adaptant moins que les autres aux conditions de la vie régulière.

Les études médicales réalisées sur les apaches, désormais appelés Zéphyrus ou Joyeux⁶⁰, des *bat d'Af*, s'attachent à les décrire comme des êtres impulsifs incapables de résister au crime en raison de facteurs biologiques, physiques ou sociaux. Au médecin donc de faire la part des raisons biologiques et sociales des conduites criminelles et de pénétrer au sein de la mécanique humaine pour rechercher les manifestations instinctives ou psychiques, conscientes ou inconscientes. L'analyse du crime au prisme de la dégénérescence a pour effet de le percevoir comme un fait biologique s'effectuant

52 Notamment dans la revue *Le caducée*, fondée par le médecin militaire Adrien GRANJUX, auteur notamment «Des criminels et aliénés dans les armées», *Archives d'anthropologie criminelle*, 1899, [332-341] et «de la prophylaxie de l'insociabilité par la sélection scolaire», *Archives d'anthropologie criminelle*, 1909 [286].

53 Charles-Étienne PONT, *Les indisciplinés dans l'armée (normaux et anormaux)*, Paris, 1912.

54 Marius CAVASSE, *Les dégénérés dans l'armée coloniale, de leur recrutement et de leur valeur militaire (étude médico-légale)*, Bordeaux, 1903. Voir aussi CAZENEUVE, *Engagement volontaire et dégénérescence mentale*, Thèse, Lyon, 1905.

55 Gaston HAURY, «Une tentative de défense sociale dans l'armée, Le dépistage des anormaux psychiques, étude mentale d'une catégorie de délinquants militaires», *Archives d'anthropologie criminelle*, 1910 [458-478] du même auteur voir *Les anormaux et les malades mentaux aux régiments*, Paris, 1913.

56 André Antheaume, Roger Mignot, *Les maladies mentales dans l'armée française*, Paris, 1909.

57 On pourra utilement se reporter à Charles FERRÉ, *Dégénérescence et criminalité essai physiologique*, Paris, Alcan, 1888. Léon MAUPATÉ, *Recherches d'anthropologie criminelle chez l'enfant, criminalité et dégénérescence*, Paris, Storck, 1893. LEGRAIN, «La médecine légale du dégénéré», *Archives d'anthropologie criminelle*, 1894, [1-26]. RAKOWSY, *De la question de l'étiologie du crime et de la dégénérescence*, Montpellier, 1897. Henri Thulié, *La lutte contre la dégénérescence et la criminalité*, 1900.

58 Notamment grâce aux efforts de l'école Lyonnaise patronnée par Alexandre Lacassagne.

59 Voir Jules SIMONIN, «Les dégénérés dans l'armée», *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 1909, série 4, N°11 [32-52].

60 Paul Rebierre, ancien médecin au 3^e régiment d'infanterie d'Afrique, *Joyeux et demi-fous, tares morales et psychiques*, Paris 1909. Ainsi que l'article de recension du docteur Alexis EPAULARD, in *Archives d'anthropologie criminelle*, 1909, [635-642].

dans un milieu social. Il importe par conséquent de remonter la trame personnelle de ce fait biologique, de rechercher les antécédents familiaux, médicaux, héréditaires, ainsi que les habitudes sociales de l'auteur de l'acte afin de faire le bilan exact de la part d'hérédité et d'impulsivité au cœur du criminel dégénéré. L'ouvrage du docteur Jude, *les dégénérés dans les bataillons d'Afrique* se fonde entièrement sur ce postulat dans la mesure où le médecin constate que les dégénérés simples forment plus des 2/3 du contingent.

Or qui sont précisément ces dégénérés simples si ce n'est ces enfants irréguliers devenus par une sorte de fatalisme mi-héréditaire mi-social ces apaches qui empoisonnent la cité? Issus de parents alcooliques, ayant fait expérience de la misère, de la défaillance de la famille, du rejet de l'école, puis de la vie de vagabondage, de la réunion en bande de maraudeurs, des vols, de la prison et des habitudes contre nature, ils finissent par s'achever dans un profond état alcoolique qui intoxique leur cerveau. Souvent paresseux, victimes d'impulsions subites, d'aboulie, de chutes répétées vers la vie errante ces jeunes gens forment la triste armée de la lie populaire qu'une politique prophylactique et hygiénique aurait pu enrayer. Le docteur Jude, distinguant, d'une part, parmi ces dégénérés ceux qu'ils qualifient de passifs marqués par la suggestibilité et, d'autre part, les dégénérés moyens actifs, pouvant manifester des accès de violence et des actes dangereux. Progressant dans l'examen avancé des stades de la dégénérescence, le médecin évoque par la suite les fous moraux dont les traits idiosyncratiques sont l'inaffectivité, l'inadaptabilité, et l'impulsivité. Marquant le stade final de la dégénérescence ces derniers doivent être perçus comme incorrigibles en raison de leur état dangereux permanent. L'incorporation sous les drapeaux de toutes les classes d'âge présente le mérite premier d'avoir l'entier loisir d'étudier le psychisme des apaches, de mesurer l'ancrage de l'esprit de bande sur les différents sujets et de refaire l'itinéraire apache qui

mène des simples habitudes irrégulières au crime. Une véritable armée des bas-fonds se constitue dans ces corps d'épreuve et de discipline du sud Tunisien et Algérien. Conscients que le service militaire n'arrivera pas à briser ces associations de jeunes bandits particulièrement dangereux, les officiers sont contraints d'accepter l'existence des bagnes militaires pour les plus incorrigibles et inamendables des apaches.

Toutefois, il ressort de ces études le fait que la masse considérable des dégénérés simples, formant le gros des troupes des bataillons d'infanterie légère d'Afrique, mérite avant tout d'être considérée comme irresponsable. Marqués par la dégénérescence et les traits de caractère qui en découlent⁶¹, ces mauvais soldats doivent être perçus comme des demi-fous, au sujet desquels il eut fallu appliquer une réponse pénale adaptée et de nature préventive. Fonctionnant comme un révélateur de l'état de dégénérescence affectant une partie de la jeunesse urbaine, le service militaire obligatoire doit aussi servir à engager une réflexion sur les moyens prophylactiques pour enrayer ou maîtriser les déviations et transgressions. Il ne s'agirait plus d'écourter une peine, mais de la modifier continuellement en fonction des caractères de l'individu et de son adaptation au programme de réforme par le travail. Pour les médecins, les criminologues et les juristes soucieux de faire évoluer l'ancienne doctrine du droit pénal, l'urgence commande de rompre avec la pratique judiciaire consistant à faire bénéficier des circonstances atténuantes les individus dont la responsabilité pénale est atténuée par les effets conjugués des perturbations sociales, des vies chaotiques et des tares familiales. Mesure pénale particulièrement funeste, celle-ci entraîne pour résultat de multiplier les courtes peines et de créer ainsi une classe d'irréductibles

61 « menteur, cabotin, cruel, hypocrite, dissimulateur, n'ayant aucune volonté et vivant au jour le jour », Kalifa, *Biribi, op. cit.*, page 269.

récidivistes alimentée par les passages réguliers dans les institutions pénitentiaires.

Dénonçant la sensiblerie et le faux humanisme des tribunaux, les partisans de cette nouvelle doctrine positiviste et scientifique du droit de punir arguent au contraire de la nécessité de regarder cette lie populaire marquée du sceau de la dégénérescence comme des demi-fous pour lesquels il faut prévoir un programme pénitentiaire de longue durée, modulable et révisable à tout moment. Les principes de l'école positiviste imposent en effet que la peine doive avoir pour but premier la défense sociale et dans un second temps, suivant le degré de dégénérescence de l'infracteur, être un moyen d'éducation et de développement des facultés mentales. Par conséquent, l'effort du pénaliste consistera à dépister parmi la masse de délinquants et d'irréguliers d'habitude, les incorrigibles et corrompus que singularise un état dangereux permanent, des autres, accessibles à une mesure de sûreté et de relèvement. Devant cette masse d'anormaux, l'école positiviste propose d'agir autant de manière préventive par le développement d'un programme de prophylaxie sociale destiné à brider la fatalité du crime par les effets de la dégénérescence, que de manière rigoureusement répressive par des peines de longue durée afin de se prémunir contre l'état dangereux des criminels incorrigibles.

Ainsi, le ressort majeur d'une politique criminelle efficace reviendrait en premier lieu à agir à destination de cette jeunesse irrégulière, vagabonde et grégaire. La société doit donc s'attacher à rompre la formation des bandes en organisant l'assistance morale éducatrice à laquelle ces enfants ont droit. L'amendement voire la cure de ces dégénérés moyens semble en effet possible dès lors que l'on refonde entièrement le droit de punir et que l'on adopte pour grille de compréhension du phénomène criminel les présupposés médicaux de classification des délinquants en fonction de leur degré de dégénérescence.

Il est intéressant de voir qu'au moment même où les apaches sont envisagés sous les traits de l'anormalité physique et psychique, on réfléchit très sérieusement à achever les transformations d'un droit pénal de la jeunesse en référence aux principes de l'anthropologie criminelle⁶². L'action à l'égard de la jeunesse irrégulière s'est en effet fortement déprise de ses attaches pénitentiaires depuis le vote de la loi du 24 juillet 1889 organisant la déchéance de la puissance paternelle des familles indignes. Mettant l'accent sur les conditions familiales qui forment les parcours délinquants ainsi que sur les échecs d'une solution carcérale aux faits de la jeunesse, les réformateurs sociaux et protecteurs de l'enfance moralement abandonnée cherchent désormais à organiser le patronage familial de manière universelle et sous l'autorité d'une magistrature paternelle plus psychologue qu'empreinte de principes juridiques⁶³. Le modèle absolu de cette magistrature d'un genre nouveau, est parfaitement réalisé par la loi américaine instituant le juge unique des enfants et la liberté surveillée. Ces deux mesures sont perçues comme des moyens particulièrement efficaces pour empêcher la récurrence pénale de la jeunesse. Ainsi pour arrêter l'emballement de la fabrication des bandes de jeunes, le juge des enfants, assistés d'un personnel spécifique, analyse la situation familiale de chaque enfant, fait procéder à des examens médicaux et psychologiques, repère ainsi les supposés degrés de dégénérescence des jeunes irréguliers et

62 Voir L'expérience dite du patronage familial, présenté par un de ses plus fervents partisans, Paul Khan, au congrès d'anthropologie criminelle de Turin de 1909, sous le titre « Traitement des jeunes criminels dans le droit pénal et dans la discipline pénitentiaire suivants les principes de l'anthropologie criminelle », in *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1909, 430-437.

63 Voir Louis ALBANEL et Arthur LEGRAS, *L'enfance criminelle à Paris*, Paris, Masson, 1899. Voir aussi Louis ALBANEL « Les tribunaux pour enfants et la mise en liberté surveillée », *Société générale des prisons*, 1907 [573-608].

organise en conséquence une mesure de surveillance de l'enfant dans sa famille. Au carrefour de la psychologie, de la médecine et de la criminologie, le juge des enfants élabore une stratégie individualisée de gestion sociale. Agissant tel un chef de gare, il repère les urgences, les trie et les oriente en fonction d'une multitude de critères qui vont bien au-delà de la vaine question de l'établissement du discernement de l'adolescent au moment de la commission de l'infraction⁶⁴.

Ainsi, un juge éclairé, convaincu de cette approche et accordant plus d'intérêt à la personne du mineur qu'au fait incriminé⁶⁵ parviendra à cerner précisément l'anormalité des enfants sans se laisser abuser des préjugés sociaux⁶⁶. Il fera placer les enfants souffrants de troubles mentaux graves dans des asiles hospitaliers spéciaux. Les perfectibles seront maintenus dans leurs familles sous la surveillance bienveillante d'une personne chargée de soutenir et d'accompagner les parents dans leur œuvre éducative ou, si le milieu est absent, placés dans des écoles spéciales de préservation et de morale afin d'y apprendre un métier à l'instar de ce qui se pratique à l'école de Montesson dirigée par Théophile Roussel. Enfin pour les anormaux vicieux, selon leur degré d'irrégularité, le juge les enverra dans des maisons de réforme dont la vocation est le redressement par la correction.

Ce travail fin de dépistage de l'anormalité de la jeunesse irrégulière, *pré-apachique*, permettrait de maîtriser l'origine de la délinquance violente, amoral

et désespérée des marginaux urbains. Ce faisant par la recherche d'une éducation adaptée à leur mentalité, par un travail d'individualisation, toujours amendable et toujours révoquant, le juge des enfants cherche à imposer le traitement qui présente le plus de chance de réussite. La loi en discussion à la Chambre sur les tribunaux pour enfants entre 1910 et 1912 trouve ici une pleine justification. Ses défenseurs les plus influencés par les théories de la défense sociale et de l'anthropologie criminelle estiment d'ailleurs que le mineur délinquant est toujours un anormal nécessitant un traitement médico-pédagogique⁶⁷. Nonobstant le fait que la loi 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents soit en définitive moins ambitieuse que prévu, celle-ci semble préfigurer néanmoins une étape essentielle dans l'entreprise de transformation du droit pénal par la prise en compte de la dangerosité et du risque social.

Contre l'apache: un droit pénal spécial incarné par la mesure de police

Le thème de la transformation du droit⁶⁸, et plus particulièrement encore celle de la transformation du droit pénal⁶⁹, mobilise la doctrine juridique à la charnière du XX^e siècle. Les Codes napoléoniens semblent en effet

64 Voir principalement sur cette question, Edouard JULHIET, *Les tribunaux pour enfants aux États-Unis*, Paris, 1906.

65 Parfois d'ailleurs les faits pénaux les moins graves traduisent ou préfigurent les pires dérives: le vagabondage, la soustraction de surveillance, la mendicité ne sont-ils pas les matrices de l'apacherie?, voir notamment Adolphe GUILLOT, *Observations pratiques au sujet des enfants traduits en justice*, Paris, Alcan, 1890.

66 Les cas notamment où un seul enfant de la fratrie dérive quand bien même le milieu est misérable, voir Louis ALBANEL, *Le crime dans la famille*, Paris, Rueff, 1900.

67 Voir notamment, les contributions des participants au premier congrès international des tribunaux pour enfants, Paris 29 juin-1^{er} juillet 1911, Actes du Congrès, travaux préparatoires, comptes rendus analytiques et sténographiques publiés au nom du comité d'organisation, Paris, Davy, 1912.

68 Voir notamment Gabriel TARDE, *Les transformations du droit, études sociologiques*, Paris, Alcan, 1893. Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912, ainsi que: Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand-Colin, 1913. Les transformations du droit dans les principaux pays depuis 50 ans (1869-1919), Livre du cinquantième de la société de législation comparée, Paris, LGDJ, 1922.

69 Voir notamment Adolphe PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Misch et Tron, Bruxelles, 1910. Voir

être totalement dépassés par les innovations techniques et économiques qui affectent une société en voie avancée d'industrialisation. Le nouvel esprit scientifique positiviste a pour résultat de disqualifier la logique qui avait présidé à la formation des Codes. La société s'étant transformée de manière radicale, les lois devaient suivre cette évolution. L'école positiviste du droit pénal, et ses nombreuses variantes, récusent la réintroduction des châtements corporels pour réprimer cette délinquance, elle aussi en pleine mutation. Même si certains de ses partisans militent pour l'utilisation accrue de la crainte, il n'en demeure pas moins que l'acquis révolutionnaire de faire cesser le caractère spectaculaire des supplices n'est nullement remis en cause par la grande majorité de la communauté des juristes au contraire de certains médecins dubitatifs quant au principe d'adoucissement des peines.

En revanche, la jonction entre les médecins et les juristes s'opérera sur le diagnostic de la prise en compte de l'état dangereux du criminel⁷⁰. Celui-ci, bien souvent considéré comme anormal au point de vue psychique et physique doit être arrêté sur la pente du crime le plus tôt possible. Pour ce faire un repérage précoce et fiable de cet état dangereux⁷¹ doit intervenir dès la première manifestation d'un signe préfigurant une inscription dans l'irrégularité et la délinquance d'habitude. Par conséquent, la prise en compte par les tribunaux de l'état dangereux permet de cerner l'individu pour ce qu'il est réellement et non plus pour ce qu'il a fait.

aussi Alexandre LACASSAGNE, *Des transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale de 1810 à 1912*, Lyon, A. Rey, 1913.

⁷⁰ Voir notamment Michel FOUCAULT, « L'évolution de la notion d'individu dangereux dans la psychiatrie légale », *Déviance et Société*, 1981, Volume 5, N°4, [403-422].

⁷¹ L'idée « d'état dangereux » est construite par Raffaele GAROFALO sous le nom de *Temibilità* ou *pericolosità*, voir, Raffaele GAROFALO, *La criminologie, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Alcan, 1890.

L'intérêt supérieur de la protection sociale commande de prendre en considération les conduites antérieures et les comportements annonciateurs de l'anti-socialité chronique. Le code de l'enfance coupable constitue à ce titre la première pierre de cette œuvre de refondation du droit pénal. Un nouveau droit pénal se profile alors. Celui-ci ne procéderait plus selon le schéma classique de la responsabilité morale de l'agent, de la classification légale des infractions, de l'idée rétributive de la sanction et de la certitude des pénalités mais s'ordonnerait en fonction du degré de dangerosité des infracteurs pour la société et des moyens de la contenir, de la diriger ou de l'éliminer. Or cette transformation du droit pénal, c'est-à-dire l'abandon de la doctrine classique pour celle anthropologique, loin d'être uniquement la source de discordes académiques, semble déjà en partie une réalité. Un effort d'interprétation des lois en ce sens permet en effet d'envisager très clairement l'avènement d'une nouvelle forme de répression basée sur la prise en compte de la dangerosité sociale d'un certain type de délinquants classés suivant leur éthos criminel⁷².

La loi de 1885 sur la relégation des récidivistes, mal appliquée certes, ne reconnaît-elle pas en creux l'existence de criminels incorrigibles contre qui la société a le devoir impérieux de se prémunir en les exilant le plus loin possible? La peine de mort contre laquelle la campagne abolitionniste a butté n'autorise-t-elle pas la société à éliminer radicalement ses ennemis les plus farouches? Les lois sur l'enfance moralement abandonnée et coupable, ne reconnaissent-elles pas le fait qu'il existe des délinquants, mineurs certes, amendables

⁷² Les criminalistes les plus convaincus par l'approche anthropologique distinguent trois grandes catégories de criminels: 1) les criminels d'habitudes, soit les multirécidivistes, 2) les délinquants de profession, soit celui vivant du produit de l'infraction et 3) les délinquants par tendance, c'est-à-dire, ceux qui manifestent par leurs actes, leurs manières de vivre et leurs parcours sociaux-familiaux un attrait particulier pour le crime.

et rééducables, qu'il importe de relever par une éducation surveillée, bienfaisante et révisable à tout moment? D'ailleurs dans ce domaine particulier, qui pourrait être étendu à terme à des délinquants adultes excusables et auteurs de faits délictuels de faible importance, la peine importe peu à la différence des mesures de sûreté. Ce faisant, ce nouveau droit pénal se singularise par un ensemble varié de mesures organisé en vue de paralyser les activités criminelles. Le tarissement au plus vite de la source sociale de la criminalité juvénile justifie l'emploi des mesures de préservation, de surveillance, d'éducation, d'assistance et au besoin de discipline corrective. Le droit pénal, pour cette catégorie de délinquants, est donc appelé à devenir une science gestionnaire du social ayant pour effet de rejeter les adolescents hors du droit pénal. Enfin, pour les criminels d'occasion, les lois pénitentiaires (loi sur le sursis, sur la détention en cellule, sur la déduction de la détention provisoire, et la libération conditionnelle) organisant l'individualisation de la peine⁷³, n'ont-elles pas pour objectif de régir un emprisonnement exemplaire, convenablement appliqué et *in fine* intimidant?

Pour ces trois grandes catégories de délinquants considérées suivant un certain nombre de critères psychosociaux coïncideraient trois codes : un code de l'éducation, de l'assistance et de la protection pour les adolescents, un code de pénalité pour les délinquants d'occasion et enfin un code de sûreté pour les incorrigibles qui, selon les analyses du professeur Garraud, ne ferait pas référence à l'idée de justice mais serait marqué par les objectifs de la défense sociale mâtinés par une dose d'assistance publique. De sorte que 100 ans après l'édiction d'un Code pénal de fer, la doctrine juridique s'interroge sur le bien-fondé de maintenir intact l'équilibre de la répression. Au cours d'une discussion sur le centenaire du Code pénal tenue à la Société générale des prisons la question de la

criminalité des apaches ressurgit⁷⁴ et permet d'aborder ces nécessaires mutations du droit de punir. Les influents professeurs de droit Garraud, Larnaude et Garçon s'opposent sur le fait de continuer à appliquer le droit commun de la pénalité aux apaches. Selon Garraud et Larnaude la faillite de la répression par l'application du droit commun à cette criminalité réticulée propre au phénomène apache appelle nécessairement au développement de lois spéciales capables enfin d'atteindre les professionnels du crime.

En ce début de XX^e siècle, juristes et médecins dessinent les contours d'une véritable révolution culturelle qui ne se réalisera pleinement que 30 ans plus tard dans les États forgés par le complexe totalitaire. La prise en compte de la dangerosité sociale d'une masse considérable d'individus marginaux entraîne une réflexion sur la nécessaire adoption de mesures spéciales de sécurité sociale dominées par l'identification du type criminel et la recherche de prédispositions ataviques ou sociales à la délinquance. Pensée initialement comme une mesure humaniste, l'individualisation des peines en fonction des personnes à amender et à resocialiser, sera cependant progressivement dévoyée par une campagne sécuritaire outrancière visant au tout répressif. La perte de vue du volet pédagogique de la défense sociale au profit de la primauté de la répression et de l'exemplarité des châtements fait peser de lourds desseins sur l'avenir d'un

73 Raymond SALEILLES, *L'individualisation des peines*, Paris, Alcan, 1897.

74 « Or vis-à-vis des apaches, des dégénérés, des alcooliques, qui se distinguent par une exagération de la férocité, une recherche de lubricité, une forfanterie ce crime qui ne se rencontrent pas au même degré chez d'autres délinquants, vis-à-vis de ceux qui forment, groupés ou isolés, les éléments interchangeables de la criminalité dangereuse, les conceptions sur lesquelles repose le droit pénal traditionnel comme les institutions qui les réalisent paraissent avoir fait une retentissante faillite » Garraud, in « Seconde séance du 20 juin 1910 », *Bulletin de la société générale des prisons*, 1910, 931 [904-946].

système répressif bientôt appelé à n'intervenir contre les états dangereux que par des peines éliminatoires⁷⁵.

Luttant contre cette revendication sociale d'un droit pénal spécial des apaches, Emile Garçon n'aura, en revanche, de cesse de défendre les principes libéraux du droit pénal démocratique en mettant en avant les dangers d'arbitraire véhiculés par la notion d'état dangereux et l'idée d'une criminalité congénitale, constitutionnelle et anormale succombant par l'effet de sentences indéterminées. Conscients néanmoins, de l'impossibilité politique de transposer à la lettre les postulats de la criminologie, les professeurs Garraud, Larnaude et les Haut-magistrats (l'avocat général à la Cour de cassation M. Feuilloley notamment) favorables aux thèses évolutionnistes du droit pénal estiment que cette réforme peut et doit se faire *par le bas*. C'est-à-dire par le développement d'une surveillance spéciale qui tiendrait davantage de la mesure de police que de la justice pénale. En effet, contre l'apacherie et contre l'armée professionnelle du crime, il convient de « parer au plus pressé »⁷⁶ et d'appliquer de manière inflexible les lois pénales réprimant la récidive, seul élément juridiquement déterminé s'approchant le plus de ce que recoupe la notion de nocuité sociale. En outre, l'absence d'une réforme profonde du Code pénal, n'empêche pas de militer pour l'introduction de nouvelles sanctions adaptées à l'activité criminelle de cette « lie populaire ». C'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas des semblables responsables, mais des « dégénérés, des déchets de la vie sociale »⁷⁷ qu'il convient de retenir, interner ou rendre inoffensifs pour la société.

75 Voir sur cette question de l'infléchissement de la défense sociale, Dominique KALIFA, *Crime et culture au XIX^e siècle*, Paris, Perrin et plus particulièrement [257-297].

76 Comprendre par-là que l'élaboration de nouvelles lois introduisant la notion d'état dangereux est une impasse tant celle-ci est en butte aux principes politiques de liberté et de garantie du citoyen contre le pouvoir de l'État.

77 GARRAUD, *op. cit.*,

Le Code pénal de 1810 avait admis en creux la notion d'état dangereux en prévoyant la surveillance de haute-police. Celle-ci désormais supprimée pourrait à juste titre être remplacée par une mesure d'ordre préventif ou une mesure de police accessoire, intervenant en conséquence de certaines condamnations et permettant ainsi d'exercer une surveillance sur l'inculpé.

En somme, l'armature du Code pénal peut être maintenue et soutenue plus efficacement par une évolution *a minima* de la législation et par une application rigoureuse de la pénalité existante par les tribunaux. Cependant, il n'en demeure pas moins que le travail de la magistrature serait d'autant plus efficace si l'on multipliait le recours aux mesures de police. Celles-ci semblent particulièrement adaptées dans le sens où elles n'impliquent pas l'idée de peine, ni de justice mais incarnent simplement des mesures de sûreté dans l'intérêt social et individuel. De sorte que, suivant le cas poursuivi, elles permettent d'éliminer, de soigner, d'éduquer ou de corriger. En soi, l'adoption de la loi sur les tribunaux pour mineurs a d'ailleurs consacré cette philosophie de la réforme pénale en soumettant les familles défaillantes à la tutelle indéterminée de la liberté surveillée. Le droit pénal spécial relèverait donc désormais de l'ordre du dispositif au sens que lui donnait Michel Foucault⁷⁸ c'est-à-dire d'un ensemble de règles, d'institutions et de disciplines de plusieurs ordres et discours, dont la portée, avant tout stratégique, entend modeler, contrôler et manipuler des rapports de force. L'avenir apparaît ainsi favorable aux mesures administratives, à ces mesures de police et de sûreté par essence souples, toujours révisables, indéterminées et adaptables en permanence au gré des variations des contingences. Surtout, la mesure de police incarne et réalise l'exigence de prévision d'une

78 Michel FOUCAULT, « Le jeu de Michel Foucault », *Dits et écrits*, Tome II, Paris, Gallimard, [298-329].

politique criminelle à même de combattre cette nouvelle délinquance violente, concentrée et rajeunie.

Dans la période trouble de l'entre-deux-guerres la mesure de police, sorte d'idéal d'un droit pénal concret formé aux carrefours de la médecine légale, de la psychiatrie, de la sociologie, de la statistique et de la pratique pénitentiaire, connaîtra un franc succès législatif notamment dans l'Italie fasciste où elle sera consacrée par le Code pénal Rocco en 1930⁷⁹. La Pologne y succombera aussi, de même que l'Union Soviétique. Toutefois, loin d'être l'apanage des régimes autoritaires cette mesure de sûreté avait, sous l'influence de l'Union internationale de droit pénal⁸⁰, déjà été adoptée par la

Norvège⁸¹ et envisagée par le projet de Code pénal Suisse de 1894⁸². De sorte que l'enjeu constant consistera pour une partie de la doctrine à maintenir un équilibre entre les revendications, populaires et pseudo-savantes, visant à l'adoption des mesures de sûreté pour contenir la dangerosité sociale et les exigences d'un État de droit fondé sur les garanties pénales que sont les principes de certitude, de légalité et de liberté.

Conclusion

La peur panique provoquée par la sauvagerie des apaches qui saisit le Paris civilisé de la Belle époque forme finalement la menace la plus dangereuse pour une République appelée à sacrifier les progrès du garantisme pénal au nom d'une sécurité illusoire offerte par une politique criminelle en apparence infaillible car drapée dans les habits de la science et de la médecine. L'enjeu majeur pour un régime démocratique consistera par conséquent à résister conjointement à ces deux menaces sociales que sont le crime et le populisme pénal, pour finalement fonder un système de défense sociale où les mesures de police et de prévention seront bornées par des garanties de défense, les exigences de liberté et de justice, ainsi que sur des critères foncièrement humains, c'est-à-dire sur l'espoir de récupérer le coupable dans le respect de sa liberté. Comme le soulignera à plusieurs reprises le fondateur des études universitaires criminologiques, le professeur Émile Garçon, il importe de résister à cette hystérie collective de la crise de la répression en veillant «à ne pas entraîner la France Républicaine à se

79 Le Code pénal de l'Italie Fasciste est une œuvre de synthèse entre les deux courants dominant du droit de punir. Élaboré sous le magistère d'Enrico Ferri, le Code Rocco fait coexister deux traditions *a priori* antagonistes, l'école classique du droit pénal issu de la philosophie libérale avec l'école positiviste, scientiste et conforme aux thèses les plus rigoureuses de la défense sociale. Le Code Rocco est l'ouvrage juridique qui prévoit de la manière la plus aboutie l'agencement d'une pénalité préventive avec celle encore dominée par l'idée de sanction rétributive. Voir ENRICO FERRI, «*Progetto preliminare di codice penale per i delitti*», in *Principii di diritto penale*, Torino, 1928.

80 L'Union internationale de droit pénal militait principalement pour la prise en considération de l'état dangereux comme critère de la pénalité et l'introduction des sentences indéterminées et des mesures de sûreté contre les délinquants irresponsables moralement mais non moins dangereux socialement. Développant l'esprit de réforme du droit pénal à l'échelle de l'Europe, ce cercle d'influence avait vu le jour en 1889 à l'initiative de trois professeurs de sciences criminelles, G Van Hamel d'Amsterdam, Franz Von Liszt de Berlin et Adolphe Prins de Bruxelles. Voir notamment sur la question des sentences indéterminées le compte rendu du congrès de 1893 par Émile GARÇON, *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1893 [899-917] voir aussi Georges VAN HAMEL, Rapport sur les sentences indéterminées en vue du congrès de l'Union internationale de droit pénal de 1899 (Budapest), *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1899, [660-703] et sur la notion d'état dangereux, le congrès de l'Union internationale de droit pénal de 1910 (Bruxelles), compte rendu in *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1910 [1262-1273].

81 Voir le Nouveau Code pénal Norvégien, adopté le 22 avril 1902, préface d'Émile Garçon, Paris, A Rousseau, 1903.

82 Voir Carl Stoos, Exposé des motifs de l'avant-projet de Code pénal Suisse, Genève, 1893.

jeter, sous les suggestions de la peur dans la plus aveugle des réactions»⁸³.

C'est pourquoi, si un consensus se forme sur l'importance de la prise en compte de la dangerosité des infracteurs, il convient de nuancer la centralité de ce nouvel opérateur logique de la pénalité en conservant au délit sa fonction première au risque sinon de menacer durablement les libertés individuelles⁸⁴.

Loin d'être anecdotique la question de l'administration du fouet aux apaches met en lumière une époque aux prises avec ses peurs irrationnelles : celle d'une attaque de barbares venant de l'intérieur, celle d'une société rongée par les microbes et la dégénérescence morale et celle de la place introuvable d'une jeunesse urbaine irrégulière. Celle-ci échappant au quadrillage et à la surveillance de ce nouveau pouvoir tutélaire encore embryonnaire se voit toujours davantage reléguée aux frontières de la civilité. Impuissante, la société trouvera alors dans la guerre à outrance le moyen de résoudre le problème apache par lui-même. Car, s'il faut croire le médecin-major Rebierre, mis à part quelques incorrigibles

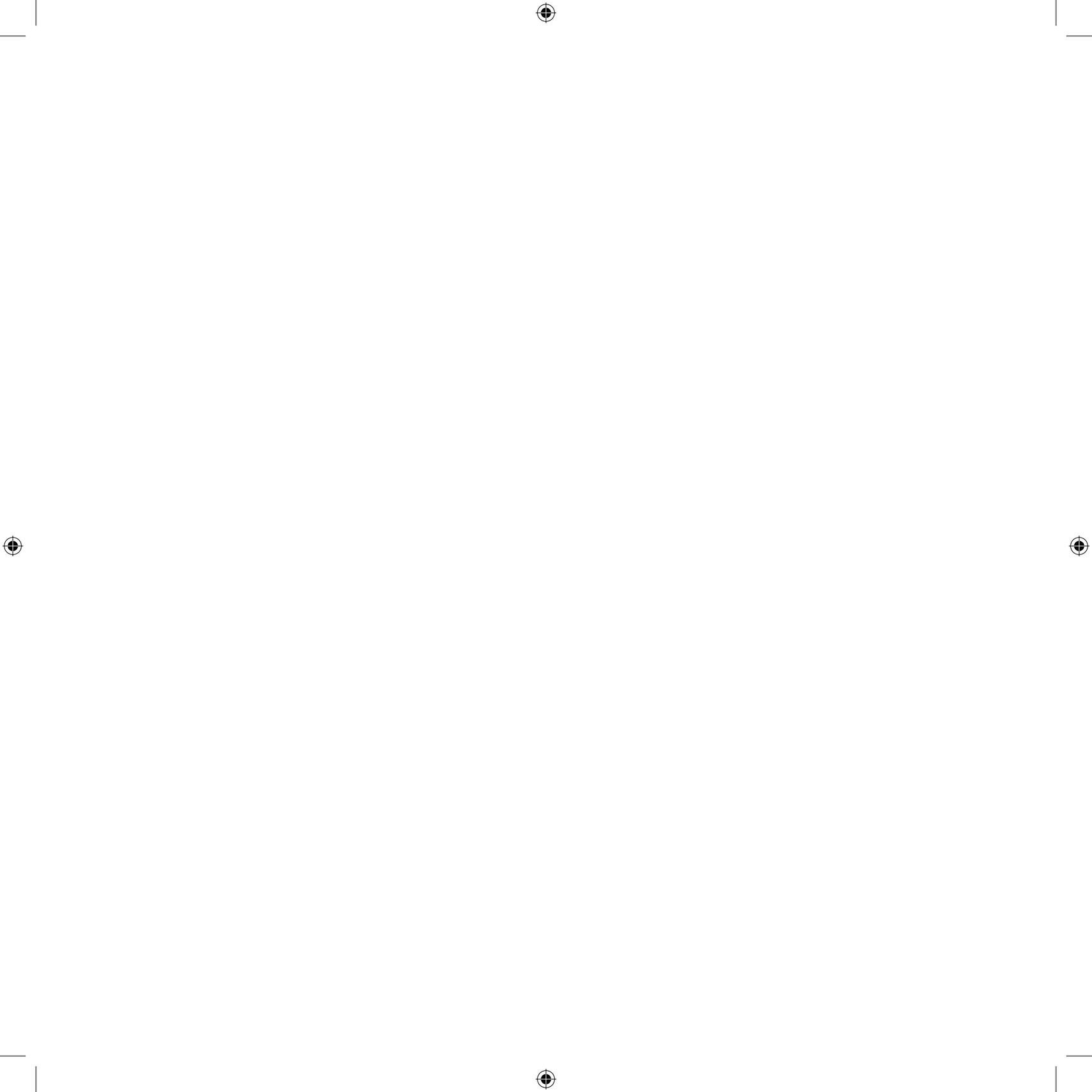
incapables, les armées «auraient tort de se priver de la valeur militaire des joyeux et d'éliminer largement ces hommes de l'armée parce que dégénérés dans la mesure où c'est justement leur dégénérescence qui fait leur valeur». En effet, «aussi longtemps que les hommes éprouveront le besoin de s'entretenir légalement, aussi longtemps que les bonnes armées constitueront la force principale des peuples, des soldats comme les joyeux seront utiles» car ces derniers «ne se battront pas courageusement pour un drapeau, pour une patrie, mais pour l'attrait d'une vie agitée et par mépris de la personnalité humaine»⁸⁵.

Étonnant paradoxe donc, que d'espérer compter sur les vertus d'une école du crime pourtant pourfendue outrageusement pour réussir celle de la guerre et déporter, ainsi, l'effort de guerre non contre les apaches mais avec leur concours.

83 Émile GARÇON, «IV congrès national français de droit pénal», in *Bulletin de la Société générale des prisons*, 1913, [181-194]. [417-422].

84 Tant au congrès national de droit pénal de 1910 (Rennes) qu'en 1912 à Grenoble ainsi qu'au Congrès international de droit pénal de Bruxelles en 1910, Garçon parviendra à obtenir un consensus en limitant les volontés ultra-répressives des partisans résolus de l'approche anthropologiste du droit pénal. La motion ainsi retenue prévoyait : «Il existe des individus qui, soit à raison de leur état mental, soit à raison de leur vie criminelle, doivent être considérés comme dangereux», néanmoins «c'est la loi qui doit déterminer les conditions de l'état dangereux et elle ne peut le faire qu'en prenant en considération la gravité objective ou la répétition des crimes» [...] «La loi doit établir des mesures spéciales de sécurité sociale contre les délinquants dangereux soit à raison de leur état de récidive légale, soit de leur habitude de vie qu'elle définit, soit de leurs antécédents héréditaires et personnels manifestés par un crime ou un délit qu'elle détermine», in Dominique KALIFA, *Crime et culture, op. cit.*, Page 262.

85 REBIERRE, Joyeux et demi-fous, *op. cit.*, page 185.



L'APPLICATION DES PEINES ENTRE ENNEMI, CITOYEN, MENACE ET USAGER

OLIVIER RAZAC*

Face à la question redoutable du sens de la peine aujourd'hui, le premier réflexe serait l'abstention ou l'esquive tant les difficultés qu'elle pose semblent insurmontables. Il est pourtant intéressant de s'attarder un peu sur la nature de ce réflexe, les idées et sentiments qu'il suscite, parce que cela est plein d'enseignement. En effet, nous ne sommes pas embarrassés parce que nous ne trouvons pas de réponse, parce que la peine nous apparaîtrait dépourvue de sens tout court mais, au contraire, parce que plusieurs réponses, plus ou moins bien formulées, nous viennent pêle-mêle, que nous n'arrivons pas à ranger, à hiérarchiser. Autrement dit, le problème immédiat que nous pose le sens de la peine n'est pas celui d'une absence de signification mais, au contraire, d'une profusion contradictoire. Le problème que pose la peine aujourd'hui est celui de son éclectisme. La peine, à tous les niveaux du processus pénal, mais en particulier au niveau de son application pour ce qui nous intéresse, articule des finalités hétérogènes que ce soit en termes d'origines historiques, géographiques, institutionnelles mais surtout en termes logiques et pratiques¹. C'est dire

immédiatement que la question de la présence de l'ennemi dans le droit pénal ne se posera pas ici dans des termes binaires ou juridiques. La question que nous voudrions suivre n'est pas celle de la présence ou de l'absence de cette figure dans le droit, mais de l'influence de cette figure, parmi d'autres, sur l'application des peines, en particulier telle qu'elle cherche à se rationaliser et à se légitimer. Pour le dire tout de suite, pour comprendre la place et les effets de la figure de l'ennemi dans la peine, il faut comprendre les relations qu'elle entretient avec (au moins) trois autres figures du condamné: le citoyen, la menace et l'usager.

Avant d'explicitier ces définitions et ces relations, il faut préciser cette notion de «figure». Par «figure», nous entendrons ici une certaine position impliquée par des formes de rationalité de gouvernement des individus, des types de technologie de conduite des conduites pour reprendre un vocabulaire foucauldien². Une rationalité est définie *a minima* par l'articulation entre une finalité ou un objectif et les moyens jugés appropriés, rationnels, pour l'atteindre. Cette articulation entre fin et moyen possède une dimension pratique ou opérationnelle, dans

* École Nationale d'Administration Pénitentiaire (ENAP).

1 Pour une argumentation sur les questions posées par cet éclectisme aux mesures pénales de probation, voir O. RAZAC, F. GOURIOU, G. SALLE, *Les rationalités de la probation française*, Rapport de recherche, Cirap/Enap, Ministère de la Justice, 2013.

2 «L'exercice du pouvoir consiste à «conduire des conduites» et à en aménager la probabilité.» dans M. FOUCAULT, «Le sujet et le pouvoir», *Dits et écrits*, tome IV, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1994, p. 237.

la mesure où elle détermine la forme des actions, et une dimension symbolique de légitimation discursive de cette pratique.

Dit autrement, une rationalité se donne un certain objet déterminé par des formes de savoir et de pouvoir spécifiques. Des formes de savoir qui peuvent se décliner en évaluations, objectivations, formalisations etc. à partir d'informations extraites des individus et des populations gouvernées. Des formes de pouvoir qui se déclinent en types de répartition dans le temps et dans l'espace, de visibilité (surveillance), de contraintes ou de stimulations etc. Enfin, ces emplacements déterminés au niveau des discours et des pratiques impliquent des formes de subjectivation particulières, à la fois du côté de ceux sur qui s'exerce une rationalité que du côté de ceux qui l'exercent.

En ayant à l'esprit cette définition rapide, il s'agit ici de dessiner un double jeu d'opposition entre différentes figures « pénales ». D'un côté, l'opposition que l'on peut qualifier de proprement « politique » entre l'ennemi et le citoyen (1) et, d'un autre côté, l'opposition « biopolitique » entre la menace et l'usager (2). Ces deux oppositions forment deux axes selon lesquels il est éclairant de répartir les pratiques, les positionnements et les légitimations pénitentiaires. L'exemple de la prise en charge des détenus âgés en prison permettra de mettre à l'épreuve la pertinence d'une telle grille d'analyse révélant les contradictions fondatrices et persistantes de la pénalité moderne (3).

1. *L'ennemi et le citoyen*

Dans la mesure où ces deux notions sont particulièrement anciennes et complexes, chargées d'une multitude de significations, il est nécessaire de clarifier notre approche en nous limitant à leur signification strictement politique, comme types de rapport juridique entre une multitude d'individus qui constituent dès

lors une communauté politique selon une perspective de contrat social. D'une manière très classique, le raisonnement est exposé avec force par Rousseau: « *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.* »³. Le citoyen est celui qui respecte les règles communes et qui dès lors peut prétendre à la protection de ces règles, celui qui ne respecte pas ces règles est hors-la-loi au sens strict, il n'est plus protégé par elle, on peut donc en faire ce que l'on veut, et même on doit user contre lui des moyens arbitraires et excessifs de la guerre dont la finalité est sa destruction, ou du moins sa neutralisation complète. « *Car un tel ennemi n'est pas une personne morale [un citoyen], c'est un homme, et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu.* »⁴.

Cependant, ce raisonnement classique pose ici immédiatement problème, il n'est pas pénal, il est guerrier. Sa structure binaire ne laisse pas la place à quelque chose qui serait une peine, c'est-à-dire un espace ou une phase transitoire entre la citoyenneté comme entamée par le délit et le rétablissement entier de cette citoyenneté.

C'est étrangement chez Hobbes que l'on peut repérer la distinction entre ces deux catégories. D'un côté, il y aurait des actes qui signaleraient – par leur finalité, leur gravité, leur répétition – un refus strict de la loi en général. L'individu posant ces actes témoignerait d'une manière évidente d'un refus de l'association politique elle-même. Celui-ci, effectivement, n'est plus protégé par la loi, on lui fait la guerre. « *Il s'ensuit que si, dans ses*

3 ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Gallimard, Folio essais, 1993, Livre II, Chapitre V, p. 199.

4 *Ibid.*

actions ou dans ses paroles, un sujet nie consciemment et délibérément l'autorité du représentant de la République, on peut légitimement [...] lui faire subir tout ce qu'il plaira au représentant. [...] Car les châtimens établis par la loi sont destinés aux sujets, non aux ennemis.»⁵. Mais, d'un autre côté, il y a tous les actes qui ne témoignent pas d'un tel refus mais seulement de la désobéissance partielle à la loi, du refus ou de l'incapacité à respecter telle ou telle loi particulière, à un moment précis. Pour l'essentiel selon une explication du débordement passionnel. Ce n'est pas une vraie volonté, libre et rationnelle, de rejeter la loi mais plutôt une incapacité corrigible de la respecter. Celui-là, a droit au châtiment dit Hobbes, droit à la protection de la loi sous la forme d'une punition réglée dont la finalité est de le conserver à l'intérieur de l'association politique. On trouve également cette distinction chez Rousseau, ailleurs dans le *Contrat social*, à condition de replier la figure guerrière de la loi sur sa fonction pédagogique. « Tous ont également besoin de guides. Il faut obliger les uns à conformer leurs volontés à leur raison; il faut apprendre à l'autre à connaître ce qu'il veut. »⁶. La loi a précisément ici pour rôle de corriger les excès passionnels ou le mauvais usage de la raison, pourquoi pas en utilisant la contrainte selon la célèbre formule: « On le forcera d'être libre. »⁷.

On voit donc que le pénal moderne s'insère immédiatement entre la figure de l'ennemi et celle du citoyen. Car si l'on en reste à une opposition binaire, soit pleinement ennemi, soit pleinement citoyen, le pénal n'a aucun sens (ni sur son versant rétributif de paiement d'une dette, ni sur son versant correctif d'apprentissage de la raison et de la liberté). Le pénal, de ce point de vue, s'adresse à une figure tout à fait ambiguë qui est encore un citoyen (puisqu'il peut et doit régler sa dette

et/ou être corrigé) mais qui est *en même temps* un ennemi en puissance (dans la mesure où son acte le fait sortir de la condition normale du citoyen). C'est pourquoi on peut parler d'un axe entre l'ennemi et le citoyen comme figures du pénal, et pas seulement de l'opposition entre deux pôles. C'est sur cet axe que l'on peut comprendre la distribution de différentes conditions et différents traitements politiques.

Pourtant, il faut immédiatement préciser les problèmes conceptuels majeurs que pose cet axe pénal: pour pouvoir utiliser l'analogie géométrique d'un axe sur lequel peuvent se répartir des positions relatives les unes aux autres, il faut postuler la continuité et l'homogénéité de ce que mesure cet axe. Or, ce n'est pas ici le cas puisqu'il y a une différence de nature entre les deux extrémités de l'axe, entre l'ennemi et le citoyen, et pas seulement une différence de degré. On trouve d'ailleurs chez Beccaria un effort pour éliminer cette différence de nature et la convertir en simple différence de degré. « Les désordres forment une échelle dont le premier degré est représenté par ceux qui tendent directement à détruire la société, et le dernier par le tort le plus léger fait à l'un de ses membres. [...] Il suffira au sage législateur d'en marquer les points principaux et d'en respecter l'ordre, en se gardant d'appliquer aux délits du premier degré les peines du dernier. »⁸. Ce décalage est nécessaire à Beccaria pour argumenter contre la peine de mort, mais il est bien loin de régler une fois pour toutes les ambiguïtés du « droit de la guerre » et du droit pénal puisqu'elle est consubstantielle à la pensée contractualiste. La peine de mort résistera bien longtemps à Beccaria et, après son abolition, résistent toujours les questions de l'élimination par les perpétuités réelles⁹, de la dimension exorbitante du

5 HOBBS, *Léviathan*, Éditions Sirey, 1983, p. 334.

6 ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Livre II, Chapitre VI, De la loi, p. 202.

7 *Ibid.*, Livre I, chapitre VII, Du souverain, p. 186.

8 BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, GF, 1991, p. 73.

9 Sur cette pérennité du problème de l'élimination voir M. FOUCAULT, « Le dossier « peine de mort ». Ils ont écrit contre. » *Dits*

droit pénal¹⁰ ou encore de la dimension nécessairement afflictive de la peine¹¹.

Ce qui est d'abord paradoxal, c'est justement la figure du citoyen dans une pensée politique contractualiste. Le citoyen s'y définit nécessairement selon une double puissance : la puissance législative en tant que producteur de la loi et la puissance transgressive en tant que seul le citoyen peut violer la loi. C'est dire que la figure de l'ennemi est impliquée par celle du citoyen, non pas comme accident « passionnel » mais comme potentialité fondatrice¹². Et ainsi, en prison, il s'agit toujours en même temps de faire la guerre à un ennemi et de sanctionner un citoyen. L'ennemi est toujours présent « derrière » ou « dans » le citoyen puni : d'une part, selon la figure de l'incorrigible, celui qui refuse de réintégrer la communauté et l'on ne peut pas savoir qu'untel n'est pas un incorrigible avant la fin de la peine et même longtemps après et, plus finement, sous la forme de la contagion toujours possible entre le petit délit et le plus grand des crimes, selon l'expression populaire :

et écrits, tome IV, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1994.

10 Voir par exemple, A. CHAUVENET, « Privation de liberté et violence : le despotisme ordinaire en prison » dans *Déviance et Société*, 2006/3 - Vol. 30, pp. 373 à 388.

11 Voir par exemple : A. PIRÈS, « Aspect, traces et parcours de la rationalité pénale moderne » dans *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, tome 2. Larcier, 2008.

12 Sur les difficultés du croisement entre les figures du citoyen et de l'ennemi et donc des figures de l'ordre social et de la guerre, on se référera utilement à deux articles qui se répondent : un article de Bruno KARSENTI, « Le criminel, le patriote, le citoyen. Une généalogie de l'idée de discipline », *L'inactuel*, n°2, 1999 qui défend l'idée d'une hétérogénéité entre le citoyen et l'ennemi et donc entre discipline et guerre, et un article de Michel SENELLART, « L'ennemi intérieur dans le discours de la défense sociale au XIX^e siècle », *Erytheis*, n°2, Novembre 2007 dans lequel, répondant à Karsenti, Senellart reprend la perspective foucauldienne, reprise inversée de Clausewitz, de la politique comme continuation de la guerre par d'autres moyens.

« tu finiras à l'échafaud ». Immédiatement la figure rétributive et contractualiste de la peine comme paiement d'une dette politique envers la communauté se dédouble en rétribution guerrière comme vengeance du souverain lésé. L'espace de la prison témoigne de cette ambiguïté en superposant deux régimes spatiaux contradictoires : un régime d'exclusion du corps social et politique figuré par le triptyque miradors, murs, barbelés ; et un régime d'inclusion dans la mesure où le traitement pénitentiaire permis par cet enfermement a pour aussi pour vocation le retour du citoyen puni.

2. La menace et l'usager

Il est d'autant plus important de distinguer cet axe ennemi-citoyen de l'axe menace-usager qu'ils ont tendance à se confondre. Or, l'axe d'opposition entre la menace et l'usager ne repose pas sur des catégories politiques au sens classique, c'est-à-dire sur des notions qui fixent le rapport de type juridique entre les membres d'une communauté. Rapport qui doit en particulier régler la répartition légitime des honneurs et des richesses, selon une définition antique. L'axe menace-usager reposerait bien davantage sur une autre conception de la politique dans laquelle l'institution et l'action du gouvernement n'est pas centrée sur la production et le maintien de ces relations juridico-politiques mais sur la gestion efficiente de la société comme organisme. Ce que Foucault nomme la dimension biopolitique de la politique moderne « *tend à traiter la population comme un ensemble d'êtres vivants et coexistants, qui présentent des traits biologiques et pathologiques particuliers et qui par conséquent relèvent de savoirs et de techniques spécifiques.* » Cette bio-politique doit, dès l'origine, être rapportée à un projet d'ensemble, « *la gestion des forces étatiques.* »¹³.

13 M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire et population*, in *Dits et écrits*, tome III, Gallimard, Bibliothèque des Sciences Humaines, 1994, p. 719.

De ce point de vue, la notion d'ennemi comme auteur d'une rupture de contrat, ou d'un pacte, le dégageant des garanties de ce contrat n'a aucun sens premier. La catégorie de l'ennemi ne peut alors reprendre un sens que traduit dans les termes d'une politique biologisée dans laquelle l'ennemi «juridico-politique» est reconfiguré comme ennemi «racial»¹⁴. Dans ce cadre, ce qui pose problème à l'association des corps, en tant qu'elle veut maintenir sa cohésion, sa sécurité et son bien-être, ce n'est pas la rupture d'un rapport conventionnel entre différentes parties d'une communauté, c'est tout ce qui va menacer, ou être perçu comme menaçant, les conditions d'un fonctionnement optimum des processus assurant la survie d'une population. De proprement politique, le danger est ici compris en termes biologiques – l'archétype du danger biopolitique, ce n'est pas le transgresseur subversif qui veut renverser l'ordre social mais l'individu dangereux ou «à risque» comme le virus, l'agent bactériologique qui menace l'intégrité des corps individuels et de la population.

À l'opposé, l'usager n'est pas défini d'abord par une appartenance politique mais par l'insertion dans des dispositifs, des institutions, des systèmes qui ont pour vocation de lui proposer une série de prestations, de services. Pris sous un angle biopolitique, l'usager serait un terme commode pour évoquer la figure dépolitisée du citoyen sous la forme d'un individu dont les revendications ne portent pas sur la justice des systèmes sociaux mais sur leur efficacité dans les services qu'ils doivent lui rendre, en particulier la protection de son intégrité psychique et somatique et la promotion de son bien-être.

Nous avons donc ici un tout autre axe de compréhension et de traitement de la délinquance qui possède la même configuration d'opposition de deux extrémités entre lesquelles se déploie un espace d'ambiguïtés. Mais,

là aussi, l'opposition conceptuelle entre menace et usager cache une implication réciproque. Dans un régime biopolitique les usagers ne peuvent qu'être en même temps traités comme menaces potentielles. C'est bien de ceux qui sont à protéger que peuvent provenir l'essentiel des dangers dont il faut les protéger.

Ainsi, d'un côté, le délinquant est largement configuré comme menace pour la population, menace traitée par des dispositifs de séparation, de neutralisation, voire de traitement dont la prison est l'archétype. Cette neutralisation se justifie de la sécurisation de l'espace collectif et de la protection des victimes potentielles comme «usagers» du service public de la sécurité, en l'occurrence du «service public pénitentiaire» expression officialisée par la loi pénitentiaire de 2009¹⁵. Mais, en même temps, précisément parce qu'il s'agit là d'une légitimation biopolitique des institutions de gestion et de protection, le détenu est aussi un usager du service public pénitentiaire (plus encore, c'est lui qui en est d'abord l'usager). De ce point de vue, il peut aussi revendiquer la qualité des prestations auxquelles il a droit, en particulier visant à protéger son intégrité et sa santé. On voit immédiatement que la «qualité» du service public pénitentiaire pour des personnes s'identifiant à des victimes potentielles et cette qualité pour des détenus ou des «dangereux» soumis à des mesures de sûreté, risquent bien de ne pas coïncider.

Si l'on croise ces deux axes de représentation et de traitement des détenus (ennemi-citoyen et menace-usager), on dessine un espace de répartition complexe qui peut servir à mieux caractériser les tensions et les paradoxes, à la fois des figures, des formes de prises en charge et des positionnements professionnels impliqués par la politique pénale. Sous ces trois angles, le croisement entre ennemi-citoyen et menace-usager ne dessine pas un

14 Sur ce point voir M. FOUCAULT, «*Il faut défendre la société*», *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Seuil, Hautes Études, 1997.

15 «Titre 1^{er} : Dispositions relatives au service public pénitentiaire et à la condition de la personne détenue».

espace de répartition homogène mais plutôt un volume où les lignes permettent parfois de distinguer différentes positions mais où des coupures et des replis de positions éloignées empêchent une modélisation simple selon un espace euclidien à deux dimensions.

Au premier abord, cet espace est caractérisé par les fortes hétérogénéités des catégories utilisées. Il y a une opposition binaire entre les pôles opposés du même axe : l'ennemi s'oppose au citoyen et la menace à l'usager. Il y a surtout une différence logique entre les pôles d'axes différents. Ainsi, entre l'ennemi et l'usager ou la menace et le citoyen, il n'y a même pas opposition mais discontinuité dans la mesure où l'on ne parle pas de la même chose. On pourrait dire que ces couples de catégories appartiennent comme à des paradigmes incommensurables ou, plus simplement, qu'il ne s'agit pas du tout des mêmes lignes d'argumentation. Pour autant, il est également évident qu'il existe, dans les discours et les pratiques, des échos et des recouvrements entre les figures du citoyen et de l'usager ou encore de l'ennemi et de la menace.

En effet, de la même manière que des notions ambiguës permettent de relier les pôles opposés d'un même axe – par exemple la notion de loi pédagogique qui permet de tracer une ligne citoyen-délinquant-punition-ennemi – ces mêmes notions permettent de relier les pôles d'axes différents. Ainsi, la fonction éducative, ou plus précisément correctrice, de la loi connecte logiquement le problème de la transgression de l'ennemi comme imperfection de la raison ou de l'auto-contrôle du citoyen au problème de la menace que constitue une nature dangereuse selon une approche médicale qui prend son essor au XIX^e siècle. Autour de la question de l'usage de la raison se crée un pivot entre le libre arbitre de la désobéissance et le déterminisme de la pathologie. Les figures floues comme celle de « trouble de la personnalité » habitent cet entre-deux et comblent la différence logique entre ces deux pôles. Ce qui permet de dire qu'un individu est à la fois responsable d'une manière

classique et malade devant être guéri... par le soin dans la peine. L'ennemi et la menace sont « rapprochés » par les fonctions ambiguës de la loi et de la norme : quand la loi sert aussi à corriger les individus et la norme aussi à les réprimer. D'une manière analogue, il va être de plus en plus difficile de dissocier le citoyen et l'usager. Là aussi par le jeu d'une ambiguïté entre la loi et la norme (entre la politique et la biopolitique) : lorsque la loi sert aussi à protéger les vivants et la norme à favoriser l'insertion sociale des citoyens.

3. La prise en charge des détenus âgés comme révélateur des ambiguïtés pénales

Selon ces catégories la présence de personnes âgées en prison questionne l'actualité de la peine, plus particulièrement de la prison, d'une manière très incisive. À partir d'une recherche en cours, il s'agit ici de repérer les problèmes posés par la prise en charge des personnes âgées par le personnel de surveillance des établissements pénitentiaires¹⁶. D'un côté, on pourrait s'attendre à ce que le détenu âgé soit en décalage fort avec la construction complexe de la figure du détenu, en particulier avec les pôles de l'ennemi et de la menace. Ce serait pourquoi leur prise en charge perturbe tant le positionnement professionnel des surveillants. Mais, d'un autre côté, nous verrons de quelle manière la pratique les réinclut de « force » dans ces catégories de la même manière qu'elle les « décolle » des catégories apparemment moins

16 Cette population est moins déterminée par un âge précis que par le cumul de caractéristiques symboliques et de vulnérabilités psychiques et physiques dues à l'âge. L'analyse des représentations de ce public par les surveillants pénitentiaires repose sur une recherche en cours sur le vieillissement de la population carcérale menée avec Cécile Rambourg au sein du Centre de recherche appliquée au champ pénitentiaire (Cirap) à l'École nationale d'administration pénitentiaire (Enap) dans le cadre d'un projet de recherche *GIP Justice* mené par Nicolas Combalbert, professeur de psychologie, Université de Tours.

problématiques du citoyen et de l'usager. Ainsi, la figure du détenu âgé confirme à la fois le croisement de ces différentes figures et les très fortes tensions qu'implique leur articulation. Cela fait de cette figure un révélateur particulièrement pertinent des paradoxes de la peine et des effets de pouvoir spécifiques de son électisme.

En premier lieu donc, nous pourrions nous attendre à ce que la personne âgée soit en décalage avec la figure du détenu comme ennemi. Cette figure repose sur la notion de transgression, en particulier en tant qu'elle présuppose l'exercice d'une puissance excédant les limites normatives du lien politique. La volonté souveraine de ne pas respecter l'ordre souverain colle mal avec la faiblesse inhérente à l'âge avancé. Ceci d'autant plus qu'elle implique, au moins en creux, l'idée de la subversion, comme défense ou création d'un autre ordre politique. Ce « nouveau départ » colle bien mieux à l'image de la jeunesse comme puissance transgressive qu'à la fin crépusculaire de la vie. Et, en effet, de nombreux surveillants évoquent les difficultés qu'ils éprouvent pour faire correspondre certains détenus âgés avec la peine comme répression de la transgression, dimension pourtant nécessaire à la légitimation du pouvoir qu'ils exercent. Ils se questionnent souvent sur le « sens de la peine » et la difficulté de comprendre la rétribution d'un individu qui ne peut plus rien donner et sur l'idée, plus implicite, d'un acharnement qui ne se justifierait plus et les mettrait donc en difficulté du point de vue de leur positionnement professionnel mais aussi d'éthique individuelle.

Or, le détenu âgé est aussi en décalage avec la figure de la menace pour des raisons tout à fait analogues, mais selon un prisme biopolitique, dans le sens où il ne témoigne plus de la puissance nocive capable de menacer l'intégrité psychique ou physique de victimes potentielles. Cet autre axe de décalage s'exprime davantage sous l'angle de la menace pour l'ordre de la détention. En effet, tel ou tel détenu, même très âgé, peu encore être

perçu comme dangereux à l'extérieur pour des victimes plus vulnérables que lui. Par contre, la menace contre la détention ou la sécurité des agents et des autres détenus devient difficile à penser, et pourtant toute l'institution (selon son organisation matérielle et procédurale) est faite pour neutraliser une telle menace, dès lors le décalage peut s'avérer frappant entre un environnement répressif et défensif et un corps qui n'y a visiblement pas sa place.

Pour autant, au moment même où le détenu âgé amène les représentations pénitentiaires à leur limite et semble prêt à faire éclater le cadre des catégories qui les structurent, on assiste à un recollement sur ces catégories classiques dont la nécessité est double: une nécessité pratique dans la mesure où la logique même de l'espace et de la prise en charge tire concrètement les individus vers les positions structurales qu'elle implique et une nécessité de légitimation dans la mesure où ce décalage vis-à-vis des catégories classiques pourrait rendre le métier intenable. D'un côté, donc, si la personne âgée est décalée de l'ennemi transgressif par sa faiblesse et la proximité de la mort, elle est recollée sur cette figure par la nécessité de justifier sa place en détention, selon la formule: « ils ne sont pas là par hasard, donc il faut qu'ils paient comme les autres. » Formule qui fonctionne souvent comme une affirmation *a priori* de la légitimité de la situation visant à lutter contre l'évidence matérielle de l'inadéquation des deux figures. Là réside un signe fort de la permanence de la figure de l'ennemi: la plasticité de l'institution prison ne peut pas aller jusqu'à la suppression de cette coordonnée fondatrice, même dans le cas d'un détenu grabataire.

D'un autre côté, si les détenus âgés correspondent difficilement à la menace du fait de leur vulnérabilité, ils vont être rabattus sur cette catégorie pour cette raison même. Si certains agents évoquent un allègement des procédures ou un adoucissement des gestes de sécurité, ils indiquent également: d'une part, que ces gestes doivent rester identiques avec une double justification

d'égalité de traitement et de professionnalisme, d'autre part, en invoquant la nécessité d'une attention sécuritaire particulière pour ce public du fait de sa vulnérabilité. D'une manière générale, cette vulnérabilité implique un ascendant des autres détenus qui peuvent en profiter pour les utiliser à des fins menaçantes pour la sécurité de la détention. De ce point de vue, la question des fouilles revient souvent : difficiles à effectuer sur ce public pour des raisons morales et difficilement justifiables selon le prisme sécuritaire de la dangerosité, elles peuvent en fait s'imposer d'autant plus du fait de cette vulnérabilité parce que ces détenus peuvent servir de « mules » pour des plus forts. Et ainsi, tel détenu en fauteuil roulant, il faut d'autant plus le fouiller en sortie de parloir parce qu'il peut passer un objet prohibé et dangereux pour un autre détenu.

À l'inverse de ces deux figures, le détenu âgé ne semble pas en décalage avec les figures du citoyen et d'usager du service public pénitentiaire. En ce qui concerne la citoyenneté, les détenus âgés n'introduisent pas une distorsion sensible à première vue. Plus encore, dans certains discours de surveillants, ils semblent mieux coller à cette figure que les jeunes sous l'angle général de la responsabilité des actes et des paroles – il est plus facile d'entrer en relation pacifiée avec eux – et l'angle plus particulier de l'acceptation de la peine. Souvent, le détenu âgé ressort comme la figure du citoyen purgeant sa peine, si ce n'est pas d'une manière exemplaire, en tout cas sensiblement plus nettement que les détenus jeunes qui sont ceux qui posent véritablement problème aux surveillants.

En ce qui concerne l'usager, là aussi pas de décalage *a priori*, nous pourrions même dire que le détenu âgé est un usager d'une manière exemplaire dans la mesure où la présence de ce public semble bien appeler une évolution des prises en charge pénitentiaires vers un rapport plus neutre, protecteur et gestionnaire, de la population détenue. Les détenus âgés représenteraient

comme un stimulant institutionnel pour une évolution moins répressive et davantage tournée vers un traitement pénitentiaire multidimensionnel : éducatif, professionnel, sanitaire etc. Certains surveillants évoquent ainsi l'importance de la relation avec les services médicaux (UCSA) concernant ce public, à la fois en termes d'échanges d'informations et de réactivité en cas d'incidents.

Mais, selon un mouvement inverse du précédent, au moment même où le détenu âgé semble correspondre sans difficulté à certaines catégories de la peine, les tensions inhérentes à la pratique empêchent cette coïncidence rassurante. Si la citoyenneté du détenu âgé, comme justification de la peine, ne pose pas *a priori* problème, la question du sens de la peine perturbe la représentation en se focalisant sur la question du temps et de la sortie. La citoyenneté dans la peine n'a de sens que dans le déroulé d'un parcours qui doit déboucher sur une « nouvelle vie » permise par la réhabilitation politique. Or, le cas extrême du détenu grabataire, mort en cellule, vient bousculer cette représentation optimiste. Dès lors, la peine ne peut plus se justifier sous cet angle – la réhabilitation du citoyen – et révèle donc la permanence de la figure de l'ennemi.

D'une autre manière, au moment même où le détenu âgé semble bien être cet usager du service public pénitentiaire qui devrait montrer la capacité de l'institution de proposer des prises en charge de qualité, on se rend compte que cette figure de l'usager « maltraite » en fait une institution qui n'est fondamentalement pas faite pour ça mais pour neutraliser une menace. Dès lors, on s'aperçoit que l'institution est obligée d'opérer des adaptations forcées, bricolées, souvent en faisant appel à l'extérieur. Mais le cas du détenu en fin de vie est de ce point de vue exemplaire, cherchant à l'orienter vers d'autres structures, l'établissement pénitentiaire se rend compte qu'il lui revient systématiquement après avoir été renvoyé d'institution en institution. Pour de

multiples raisons, dont le stigmate carcéral classique, il est extrêmement difficile de trouver des prises en charge médico-psychologiques à l'extérieur pour ces publics (par exemple un détenu de 80 ans avec une maladie chronique et des délires violents). La prison apparaît alors bien comme cette dernière case où échouent ceux dont personne ne veut mais qui n'ont en même temps rien à y faire.

Au final, la manière dont la figure du détenu âgé perturbe et en même temps confirme les catégories structurantes de la peine révèle la topologie du champ pénal. L'éclectisme pénal permet de produire un espace complexe et paradoxal qui produit et est soutenu par des savoirs, des dispositifs de pouvoir et des formes de subjectivation tout à fait hétérogènes. Les problèmes d'un tel espace peuvent être résumés ainsi : Premièrement, cet espace est saturé de procédures de savoirs et de pouvoirs selon les différentes dimensions qui le constituent, dimensions qui se recourent et se recouvrent malgré leur hétérogénéité. Deuxièmement, la forme typique de l'articulation de ces procédures est l'injonction contradictoire : à être à plusieurs endroits à la fois, à manipuler des notions incommensurables, à faire des choses contradictoires, à se légitimer selon des principes incompatibles. Troisièmement, pour autant, cet agencement est extrêmement résistant du fait de sa capacité de déformation, de sa plasticité. Il peut « donner raison » de lui-même selon tous les registres, sans jamais devoir faire face aux contradictions logiques, éthiques et politiques pourtant impliquées par cet éclectisme. On voit que, selon cette argumentation, le problème du champ pénal, ce n'est pas de savoir si la figure de l'ennemi persiste, ou pas, dans les formes de la peine, en se demandant dans quelle mesure cette figure stimule, ou pas, une politique répressive. Le problème est bien plutôt de saisir dans quelle combinatoire typiquement postmoderne entre cette figure de l'ennemi de telle manière que se dessine un système pénal qui échappe

d'une manière tendancielle aux conditions d'un État de droit du fait de la combinaison de ces trois caractéristiques : saturation, injonction contradictoire et irréfutabilité.

BIBLIOGRAPHIE

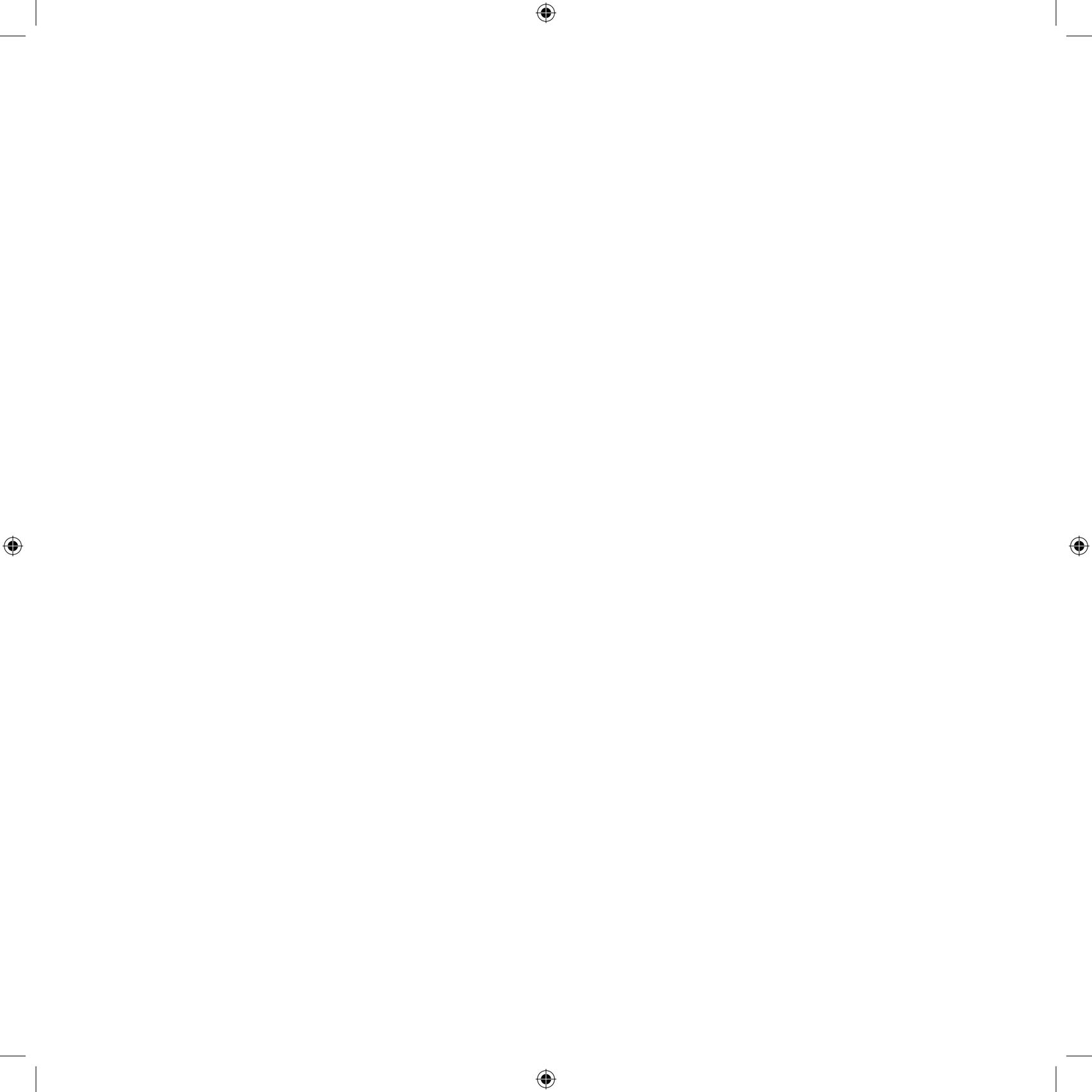
- BECCARIA C., *Des délits et des peines*, Flammarion, GF, 1991
- CHAUVENET A., «Privation de liberté et violence : le despotisme ordinaire en prison» dans *Déviance et Société*, 2006/3 - Vol. 30, pp. 373 à 388
- FOUCAULT M., «*Il faut défendre la société*». *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Seuil, Hautes Études, 1997
- FOUCAULT M., «Sécurité, territoire et population», dans *Dits et écrits*, tome II, Gallimard, Bibliothèque des Sciences Humaines, 1994
- FOUCAULT M., «Le sujet et le pouvoir», *Dits et écrits*, tome IV, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1994
- FOUCAULT M., «Le dossier «peine de mort». Ils ont écrit contre.» *Dits et écrits*, tome IV, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1994
- HOBBS T., *Léviathan*, Éditions Sirey, 1983
- KARSENTI B., «Le criminel, le patriote, le citoyen. Une généalogie de l'idée de discipline», *L'inactuel*, n°2, 1999
- PIRÈS A., «Aspect, traces et parcours de la rationalité pénale moderne» dans *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, tome 2. Larcier, 2008

RAZAC O, GOURIOU, F., SALLE G., *Les rationalités de la probation française, Rapport de recherche*, Cirap/Enap, Ministère de la Justice, 2013

ROUSSEAU J.-J., *Du Contrat social*, Gallimard, Folio essais, 1993

SEHELLART M., « L'ennemi intérieur dans le discours de la défense sociale au XIX^e siècle », *Erytheis*, n°2, Novembre 2007

DÉCONSTRUCTION DE L'ENNEMI



RÉPONDRE À LA MENACE PAR LA MENACE ? LA LÉGISLATION PÉNALE DANS LES LABYRINTHES DE L'HOSTILITÉ*

KEVIN LADD**

*Pourquoi me tuez-vous? – Et quoi!
Ne demeurez-vous pas de l'autre côté
de l'eau?*
Pascal¹

Je souhaite présenter trois séries de réflexions dont le propos général est de montrer que s'il est impossible de *définir a priori* l'ennemi pour le distinguer du criminel, il est sans doute *souhaitable* de maintenir cette distinction sur des fondements autres que strictement conceptuels et déductifs. Celle-ci ne peut subsister qu'au prix d'un effort pour circonscrire drastiquement le recours aux notions de *menace* ou de *risque*, préconisation qui va à l'encontre d'un certain air du temps pénal². Si l'occasion de cette étude nous est fournie par les thèses de Günther Jakobs portant sur le « droit pénal de l'ennemi »³ et par

les récents débats qu'elles ont suscités⁴, remarquons que le sens commun lui-même n'établit pas de frontière nette entre ennemi et criminel (« *l'ennemi public* » mérite-t-il *vraiment* ce titre?), et que ce problème de délimitation est ancien en philosophie, quoiqu'il ne recouvre pas nécessairement les difficultés qui sont celles de la science juridique⁵. Le juriste ne fait pas, tel M. Jourdain, de la métaphysique sans le savoir; la philosophie est elle-même une pratique spécialisée, qui a ses objets propres, les concepts et leur analyse, et il lui faut bien reconnaître que les autres champs du savoir n'attendent pas son imprimatur. Comme le soulignait Bertrand Russell, « la philosophie n'est pas un chemin raccourci pour atteindre aux mêmes résultats que ceux que l'on poursuit dans d'autres sciences »⁶, la question étant réservée de savoir si la science du droit peut quant à elle nous aider à élucider le genre de problème que nous examinons⁷.

* Cet article est dédié à la mémoire de Yohann Vaquez (1977-2014), ami et militant, qui a toujours cru qu'un monde plus juste, plus libre et plus humain était à portée de main.

** Université de Bourgogne, Philosophie.

1 B. PASCAL, *Pensées*, §51, éd. Lafuma, Paris, Seuil, « L'Intégrale », 1963.

2 Cf. M. DELMAS-MARTY, « Libertés et sûreté. Les mutations de l'État de droit », *Revue de synthèse*, tome 130, 6^e série, n°3, 2009, pp. 465-491.

3 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Revue des sciences criminelles*, vol. 33, 2009, n°1,

pp. 7-18.

4 Cf. J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence. Revue critique*, n°3, décembre 2012, pp. 150-165.

5 Par exemple, la question philosophiquement très importante des rapports entre *inimitié* et *haine* n'est vraisemblablement pas pertinente du point de vue juridique. Cf. *infra*, note 119.

6 B. RUSSELL, *La Méthode scientifique en philosophie*, Paris, Payot/Rivages, « Petite bibliothèque Payot », 2002, p. 48.

7 Ce qui selon Kelsen n'est pas le cas : cf. *Théorie pure du droit*, §13, Paris, LGDJ, 1999, p. 75. G. Jakobs écrit lui-même : « Mon

S'il ne faut toutefois pas attendre d'elle des prescriptions, et quand même elle «laisse[rait] toutes choses en l'état»⁸, la philosophie peut certainement nous aider à analyser les concepts sous-jacents aux différentes *pratiques* pénales et à révéler ce qui est en jeu lorsque, par exemple, nous disons d'une loi qu'elle est une *mauvaise* loi. Comme le souligne Wittgenstein, «Il y a une pratique établie – la punition des criminels» et «des gens différents défendent cette pratique pour des raisons différentes, et pour des raisons différentes dans des cas différents et en des circonstances différentes»⁹. Ces raisons, pour diverses qu'elles soient, ne sont sans doute pas toutes d'égale valeur, ni d'une égale cohérence à l'égard des pratiques qu'elles visent à soutenir: mais comment en juger? Je souhaite montrer qu'une disposition pénale ne peut être appelée mauvaise au seul motif qu'elle ferait partie d'un édifice dans lequel nous serions fondés à voir un droit pénal d'exception, par un effet de contamination des principes sur les dispositions particulières qui en seraient déduites, mais qu'elle peut être dite mauvaise pour une diversité de raisons, dont le fait (non exclusif d'autres griefs) qu'elle dénote une confusion entre le registre du crime et celui de l'hostilité. Pour le dire autrement, définir le criminel par différence avec l'ennemi ne nous donnera pas de règle applicable aux matières pénales – de règle pour la construction d'autres

règles¹⁰ – ni ne permettra de justifier ou au contraire de récuser quelque chose comme un «droit pénal de l'ennemi». La désignation du criminel ou de l'ennemi est l'œuvre du jugement et de la délibération collective, non le produit de la déduction. Toute législation pénale s'élabore en effet sur la base de considérations hétérogènes (parmi lesquelles la défense de l'État ou la prévention du terrorisme) dont l'unité n'est procurée que par la forme de la délibération démocratique elle-même.

Un retour sur les théories classiques de la souveraineté permettra d'abord d'établir le caractère inévitable d'une telle confusion, qui apparaît aussitôt qu'on réduit le droit pénal à une fonction d'instrument politique face à des sujets perpétuellement indociles et menaçants. Si «les hommes sont naturellement ennemis les uns des autres» (Spinoza¹¹), et si c'est la guerre ou «la situation d'exception qui revêt une signification particulièrement déterminante, révélatrice du fond des choses» (Schmitt)¹², alors l'État devient le seul rempart à l'hostilité foncière, la loi pénale n'est plus qu'une menace en réponse à une menace, et tout le droit pénal se trouve ipso facto placé sous le signe de l'exception. Au caractère indéfini de la «menace» correspondrait alors un droit substantiel et procédural sans limites propres, sans garanties pour les libertés publiques, et n'ayant pour terme ultime qu'une *déraison* d'État¹³ dans les formes de la rationalité juridique. Contrairement à ce que postule la tradition du rationalisme politique¹⁴, ce

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» (article cité, p.6). Le statut, descriptif ou prescriptif, du «droit pénal de l'ennemi» chez Jakobs est toutefois objet de débat (cf. J.-F. DREUILLE, article cité, pp. 153-154). Je reprends cette discussion dans la troisième section de cet article.

8 L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, §124, Paris, Gallimard, 2004, p. 87.

9 L. WITTGENSTEIN, *Leçons et conversations*, Paris, Gallimard, «Folio essais», 1992, p. 102.

10 Kelsen fait observer qu'une norme de rang supérieur, comme la constitution, «n'a jamais que le caractère d'un cadre à remplir», et n'a pas le pouvoir de *déterminer* les normes subordonnées (*Théorie pure du droit*, §45, *op. cit.*, p. 336).

11 B. SPINOZA, *Traité politique*, chap. II, §14, trad. Appuhn, Paris, GF-Flammarion, 1966, p. 20.

12 C. SCHMITT, *La notion de politique* suivi de *Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, «Champs classiques», 1992, p. 73.

13 Cf. M. DELMAS-MARTY, article cité, p. 483.

14 Pour une description générale de ce qu'on peut entendre par «rationalisme politique», cf. A. NORRIS, «La chaîne des raisons a

sont deux logiques distinctes qui encadrent la production de la loi : non seulement la rationalité du droit attaché à la souveraineté, mais le *raisonnable* que doit viser toute politique pénale, dont la législation constitue entre autres choses un aspect. Le positiviste dira qu'en tant que norme portant sur des conduites, toute loi est d'abord redevable d'une analyse, d'une description et de principes strictement scientifiques¹⁵ ; on ne peut pourtant faire abstraction du fait qu'elle existe *aussi* à certaines fins, et qu'elle relève en particulier d'une politique pénale dont on attend à bon droit qu'elle se justifie en raison. Mais plus profondément encore, dans la mesure où toute loi inclut une description des conduites qu'elle vise, elle en constitue aussi une *connaissance*, et ne peut donc sans absurdité désigner *n'importe quel comportement* comme dangereux ou menaçant. Bien des différences, et des différences très importantes, existent entre dire que le fou menace le roi lors d'une partie d'échecs, et que le manifestant ou l'activiste menace l'ordre public.

Qui est l'ennemi ? Causes, raisons, et sens de l'hostilité de Grotius à Hegel

Pufendorf soulignait d'un bel euphémisme que « si l'on ne doit pas réputer pour ennemi tout homme qui n'est pas du nombre de nos concitoyens, on peut du moins le regarder comme un ami sur qui il ne faut pas trop compter »¹⁶. Ne sommes-nous pas entrés dans une ère où chacun de nos concitoyens est désormais regardé comme quelqu'un dont nous aurions à nous méfier ? Le syntagme « droit pénal de l'ennemi » pose d'abord au philosophe un problème de délimitation et d'articulation

une fin », in *Wittgenstein politique*, revue Cités, 2009, n°38, p.96.

15 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.75 : « la science du droit n'a ni à approuver ni à désapprouver son objet, mais uniquement à le connaître et à le décrire ».

16 S. PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, L. II, chap. I, §10, Caen, Presses universitaires de Caen, 2002, tome 2, p. 11.

entre champs : l'hostilité est une notion politique ou privée¹⁷, tandis que crime et délinquance relèvent de la sphère juridique et judiciaire. Quel sens y a-t-il en effet à prétendre *punir* un ennemi, une fois admis que la vengeance n'est pas une peine ?¹⁸ Et si le législateur dit qu'un comportement trahit une intention délictueuse ou subversive (et non qu'il la matérialise, comme dans le cas d'une tentative d'assassinat), son auteur est-il encore un délinquant ou déjà un ennemi ? Ne devient-il pas délinquant après être implicitement passé par le statut d'ennemi, dont le propre est justement de représenter un *risque* ou une *menace* ?

Une voie possible pour montrer comment se nouent et se dénouent ces difficultés est celle qui s'est imposée comme un caractère distinctif de la pensée politique classique : celle d'une anthropologie philosophique qui affirme, à différents degrés et pour différentes raisons, l'inimitié naturelle entre les hommes. L'hostilité figure en effet en bonne place parmi les dispositions de la nature humaine qui intéressent directement la théorie politique, et qui rendent la matière sur laquelle s'exerce le pouvoir si rétive et labile à la fois, puisqu'une *tendance* ne s'exprime pas toujours, ni de façon uniforme. « Toutes les théories politiques véritables », écrit Carl Schmitt, « postulent un homme corrompu, c'est-à-dire un être dangereux et dynamique, parfaitement problématique »¹⁹. Cette

17 Cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, I, 4. C. SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p.67. Je ne reprends pas la distinction *hostis-inimicus* qui ne paraît pas indispensable à la présente discussion. Sont donc employés indifféremment les termes d'inimitié et d'hostilité.

18 PLATON, *Les Lois*, L. IX, 854d, Paris, GF-Flammarion, 2007 : « Ce n'est jamais au mal que tend la punition imposée par la loi ». Th. Hobbes, *Léviathan*, chap. XXVII, trad. Tricaud, Paris, Sirey, 1971, p. 334 : « Le mal infligé à un ennemi déclaré ne tombe pas sous l'appellation de châtement ». Ce texte est commenté plus bas.

19 *Ibid.*, p.105. Le terme « corrompu », qui ne s'applique pas au spinozisme et difficilement au système de Hobbes, est bien entendu contestable. Ce n'est pas non plus la moindre des difficultés que de



hostilité première détermine tout le champ politique, ses enjeux, ses ambitions et ses limites, et le droit pénal lui-même: comment prévenir les effets les plus prévisibles et *dangereux* de cette inimitié *spontanée*? Interroger le statut de l'ennemi, c'est alors se demander non seulement *pourquoi* mais *en quel sens* existe de l'hostilité entre les hommes, entre les États, ou entre un État et un individu ou groupe d'individus privés qui agiraient, par exemple, en qualité d'opposants ou de terroristes. Les réponses données par la tradition ont été diverses, et comme on va le voir jamais tout à fait claires ni satisfaisantes.

Spinoza a certainement livré la formule la plus radicale de l'hostilité naturelle²⁰: «*Sunt ergo homines ex natura hostes*»²¹. On ne parle pas de vague animosité, ni de rivalité, mais bien d'*hostilité*: en droit les hommes sont en guerre tant qu'ils ne sont pas *effectivement* en paix²². Mais si les hommes sont ennemis par suite de leur «*complexion propre*», ils ne cessent jamais tout à fait de l'être à l'état civil, en particulier dans leurs rapports à

la Cité elle-même²³. La thèse de l'inimitié naturelle des hommes doit donc être prise à la rigueur, et non comme l'expression d'un pessimisme de bon aloi en réaction au caractère chaotique des passions humaines, ni comme la simple hypostase de la rivalité ou des conflits concrets. Elle vise à fournir une assise anthropologique plausible à la thèse selon laquelle «*nous ne sommes pas naturellement obligés de respecter les droits d'autrui*»²⁴. Elle-même s'appuie en effet sur une conception renouvelée du droit de nature, affranchie de la thématique théologique de la *libido dominandi*, assigne causes²⁵ et raisons²⁶ aux passions hostiles et définit les ambitions du champ politique: apporter des solutions efficaces pour en maîtriser les effets les plus délétères.

L'inimitié et la guerre acquièrent ainsi une intelligibilité à partir du moment où elles ne sont plus seulement traitées comme des questions de fait, ni comme les suites d'un naturel agressif²⁷, mais où au contraire elles prennent naissance et trouvent leur place dans un système fondé sur la reconnaissance des droits subjectifs. On considère que Grotius est à l'origine de cette transition juridique²⁸:

devoir conclure, à suivre Schmitt, qu'il n'y aurait pas de «véritable théorie politique» chez Rousseau.

20 «La plus radicale» dans la mesure où l'hostilité n'est pas selon Spinoza l'effet d'un calcul prudentiel, comme chez Hobbes, ni d'un conflit portant sur la justice, comme chez Locke, mais s'inscrit au contraire dans la logique des rapports interindividuels immédiats. Cf. C. LAZZERI, *Droit, pouvoir et liberté. Spinoza critique de Hobbes*, Paris, Puf, 1998, p. 78. J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, §19, Paris, Puf, 1994, p. 16.

21 SPINOZA, *Traité politique*, chap. II, §14, *op. cit.*, p. 20: «[Les hommes] sont aussi par nature ennemis les uns des autres». Cette formulation précise et radicalise par avance celle du chap. III, §13 (p. 31), «les hommes [...] à l'état de nature sont ennemis», qui est une reprise de Hobbes («La volonté de nuire en l'état de nature est aussi en tous les hommes», *Du citoyen*, I, chap. I, §4, Paris, GF-Flammarion, 1982, p. 95).

22 *Ibid.*, V, §4, p. 38: «La paix en effet n'est pas la simple absence de guerre». Cf. HOBBS, *Léviathan*, chap. XIII, *op. cit.*, p. 124: «la guerre ne consiste pas seulement dans la bataille et dans des combats effectifs; mais dans un espace de temps où la volonté de s'affronter en des batailles est suffisamment avérée».

23 SPINOZA, *Traité politique*, chap. VI, §6, *op. cit.*, p. 43: «Il est certain que les périls menaçant la Cité ont pour cause toujours les citoyens plus que les ennemis du dehors».

24 A. MATHERON, «Spinoza et la problématique juridique de Grotius», in *Études sur Spinoza et les philosophies de l'âge classique*, Lyon, ENS Éditions, 2011, p. 118 (l'auteur souligne).

25 HOBBS, *Léviathan*, chap. XIII, *op. cit.*, p. 123.

26 LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, §18, *op. cit.*, p. 15. Cf. aussi §16, p. 14: «Il est en effet raisonnable et juste que je possède le droit de détruire ce qui me menace de destruction». Je ne détaille pas l'opposition, qui serait à élucider, entre *causes*, motifs *rationnels* et *raisonnables* de la conduite hostile chez les théoriciens classiques.

27 Ce à quoi Freud les réduit dans *Malaise dans la civilisation* (chap. V, Paris, Puf, 1971, p. 65).

28 Cf. A. MATHERON, *Études sur Spinoza et les philosophies de l'âge classique*, *op. cit.*, p. 114.



Aussi si je ne puis sauver autrement ma vie, m'est-il permis de repousser par toute sorte de violence celui qui l'attaque, bien que peut-être il soit exempt de péché: parce que ce droit ne naît pas proprement du péché d'autrui, mais du droit que la nature m'accorde pour moi-même.²⁹

L'antériorité du droit à se conserver soi-même sur la découverte des moyens rationnels et efficaces d'assurer cette conservation (qui n'ont valeur d'obligation qu'une fois les conditions réunies pour qu'ils soient réellement effectifs, à l'état civil et non à l'état de nature ni dans une période de guerre civile où la nécessité fait loi) a pour conséquence que la conduite hostile, prise absolument, n'enfreint aucune loi³⁰. C'est aussi en vertu de ce droit de l'individu à user de violence que l'ennemi acquiert une dimension paradigmatique: il ne désigne pas seulement le rival, l'étranger, l'autre qui attaque mon clan, mon chef ou ma religion, mais incarne une dimension essentielle des rapports interindividuels et intersubjectifs, voire du rapport du sujet à lui-même³¹. Le paradoxe de l'inimitié est d'être une expression du droit de nature, *ce pourquoi et à partir de quoi* il y a de la politique, en même temps

que la limite du politique; autant dire que l'État des classiques *sort* de la guerre, à tous les sens du terme: il en *provient* déductivement, y trouve le plus souvent son *origine* historique³², et dans le meilleur des cas *nous en tient éloignés*.

Cette équation problématique (l'hostilité doit bien être conjurée pour assurer la pérennité de la vie sociale, alors même qu'elle est l'expression d'un droit qui ne peut jamais être entièrement dénié à l'individu et sans lequel la politique n'a pas de raison d'être) engendre une tension considérable entre les fondements et les moyens de conservation du pouvoir, entre l'affirmation du caractère souverain de ce pouvoir et la nécessaire reconnaissance de ses limites, et entre la rigueur des lois et la liberté incompressible des sujets³³. Ces difficultés agissent, par un effet de ressac, sur le droit pénal: comment régler et corriger la conduite d'individus qui demeurent perpétuellement ennemis les uns des autres? Si l'hostilité se définit par rapport à cet horizon ultime qu'est la conservation de soi, sera désigné comme ennemi tout individu qui mettra ma vie en péril; or l'État est institué principalement, dans toutes les doctrines du Contrat, dans le but de préserver la vie des co-contractants: le point de vue à partir duquel s'établit la distinction entre sujet et ennemi est donc la souveraineté. N'est-il pas alors fatal que l'État en vienne à regarder ses sujets comme des ennemis potentiels? Le sujet obéissant lui-même ne considérera-t-il pas comme ennemie toute personne qui enfreindra la loi, puisque le respect de l'autorité de l'État est le moyen indirect de sa préservation, et qu'il estimera s'imposer des restrictions dont le délinquant s'exonère quant à lui³⁴? Il semble ne plus y avoir de limite à la capacité de l'État, ni à la volonté des sujets obéissants, de

29 GROTIUS, *Du Droit de la guerre et de la paix*, L. III, chap. I, Paris, Puf, 2005, p. 582.

30 HOBBS, *Léviathan*, chap. XIV, *op. cit.*, p. 129: « Tout homme doit s'efforcer à la paix, aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'obtenir; et quand il ne peut pas l'obtenir, il lui est loisible de rechercher et d'utiliser tous les secours et tous les avantages de la guerre ».

31 C'est la thèse de Pascal. L'homme est le théâtre d'une « guerre intestine entre la raison et les passions », de sorte qu'il est « toujours divisé et contraire à lui-même » (*Pensées*, Lafuma 621). Pascal se fonde sur l'équivoque de « ce mot d'ennemi » dans la Bible (§269), qui révèle qu'en réalité « les hommes n'ont point d'autres ennemis qu'eux-mêmes » (§433). Chacun, en raison de ses iniquités, est en effet son premier et principal ennemi, et s'empêche lui-même d'atteindre une fin plus haute (§502). L'hostilité entre les hommes n'est qu'une *effet* de ce combat intérieur de l'homme avec ses propres passions et avec le sentiment confus de sa misère qu'il cherche à se dissimuler par tous les moyens (§978).

32 Cf. HOBBS, *Léviathan*, « Révision et conclusion », *op. cit.*, pp. 716-717.

33 Cf. HOBBS, *Du citoyen*, II, chap. XIII, §15, *op. cit.*, p. 238.

34 Cf. H. M. ENZENSBERGER, *Politique et crime*, Paris, Gallimard, « Tel », 1967, pp. 26-27.

désigner tel ou tel comme ennemi au gré de leur fantaisie ou de leur évaluation inéquitable des rapports de force.

Démosthène dit avec raison que la guerre est dirigée contre ceux qui ne peuvent être contraints par les voies judiciaires. Les formes de la justice sont efficaces contre ceux qui se sentent impuissants à résister; quant à ceux qui peuvent lutter ou qui pensent le pouvoir, on emploie les armes contre eux.³⁵

L'un des aspects qui détermine l'état d'hostilité est, selon Hobbes, l'absence de mesure objective du risque: dans ma propre maison je me méfie de mes enfants et de mes serviteurs en fermant mes coffres à clé³⁶. Puisque ce qui est *vraiment dangereux*, avant même qu'il soit question de le neutraliser, est d'abord de ne pas *identifier* un risque comme tel, s'il faut pécher, que ce soit plutôt par excès de prévention – autant dénoncer l'ennemi avant que lui-même ne se déclare!

Si, parallèlement, le droit de punir est un «reste» de l'état de nature³⁷, un droit de guerre revêtu d'hermine³⁸, il échappera de même à toute mesure, les sujets se retrouvant seuls et sans garantie face à l'État. Hobbes n'a d'ailleurs qu'un conseil de prudence à adresser devant le risque de l'arbitraire judiciaire: «aucun bien ne peut arriver à la République du fait du châtement de

l'innocent»³⁹. Du strict point de vue de la souveraineté, le droit pénal signe la limite des droits subjectifs du citoyen, et les critères manquent pour distinguer ce qui relèverait ou non d'un «droit pénal de l'ennemi». La confusion des registres du crime et de l'hostilité est telle que Hobbes peut écrire:

Où est la justice de tuer un homme pour en amender un autre, si ce qui a été fait était nécessaire? À cela, je réponds que l'on tue des hommes justement, non pas parce que leurs actions ne sont pas nécessaires, *mais l'on épargne et préserve ceux qui ne sont pas nuisibles*.⁴⁰

L'État garde en vie les citoyens qui ne se montrent pas *dangereux*, «car rien, si ce n'est la crainte, ne peut justifier de prendre la vie d'autrui»⁴¹. Un autre passage reprend et détaille la même confusion:

Les actes d'hostilité [*facts of hostility*] envers l'état présent de la République sont de plus grands crimes que les mêmes actions commises envers des particuliers. Dans ce cas en effet, le dommage s'étend à tous.⁴²

Certes Hobbes sépare formellement le droit pénal de l'exercice du droit de guerre:

Le mal infligé à un ennemi déclaré ne tombe pas sous l'appellation de châtement: étant donné en effet que cet ennemi, ou bien n'a jamais été assujéti à cette loi, et par conséquent ne pouvait pas la transgresser, ou bien, après y avoir été assujéti, fait profession de ne plus l'être, et nie par conséquent qu'il puisse la transgresser, tous

35 GROTIUS, *Du droit de la guerre et de la paix*, Prolégomènes, art. XXV, *op. cit.*, p. 17.

36 HOBBS, *Léviathan*, chap. XIII, *op. cit.*, p. 125. *Du citoyen*, Préface, *op. cit.*, p. 72.

37 HOBBS, *De la liberté et de la nécessité*, Paris, Vrin, 1993, p. 78: «Le droit que possède la république de mettre un homme à mort pour ses crimes, n'est pas créé par la loi, il est ce qui reste du droit de nature premier, que tout homme possède, de se préserver». Cf. *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 332: «Tel est le fondement du droit de châtier qui s'exerce dans toute République: [...] on ne le lui a pas donné: on le lui a laissé, et on ne l'a laissé qu'à lui».

38 PASCAL, *Pensées*, Lafuma §44.

39 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 338.

40 HOBBS, *De la liberté et de la nécessité*, *op. cit.*, p. 76 (je souligne).

41 HOBBS, *Éléments du droit naturel et politique*, I, XIX, §2, Paris, Vrin, 2010, p. 143.

42 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVII, *op. cit.*, p. 327.

les maux qu'on peut lui infliger doivent être considérés comme des *actes d'hostilité*. Or, dans un état d'hostilité déclarée, toute infliction de maux est légitime. Il s'ensuit que si, dans ses actions ou dans ses paroles, un sujet nie consciemment et délibérément l'autorité du représentant de la République, on peut légitimement, quelle que soit la peine précédemment prévue pour le cas de trahison, lui faire subir tout ce qu'il plaira au représentant.⁴³

Mais il ne donne que des indications bien vagues sur les signes qui manifesteraient une négation « *consciente et délibérée* » de l'autorité du souverain. Le philosophe comprend bien que la distinction entre crime et hostilité passe notamment par la *signification* des actes considérés : mais il ne dispose pas des instruments adéquats pour en juger dans le cadre de son système, puisque c'est *in fine* au seul pouvoir souverain que revient la prérogative d'interpréter ces signes, comme il lui revient d'interpréter la loi⁴⁴. Les théories classiques de la souveraineté n'envisagent qu'un moyen de réduire l'équivoque qui fait l'essence même des signes : laisser au pouvoir de décider arbitrairement et unilatéralement de ce qu'ils signifient. Aussi la qualité d'ennemi relève-t-elle finalement d'un pur acte du vouloir⁴⁵ : *stat pro ratione voluntas*, la volonté tient lieu de raison. Est ennemi celui que je désigne ou qui me désigne comme tel, étant entendu que c'est à moi de décider ce qui est signe suffisant d'inimitié. Spinoza

43 *Ibid.*, p. 334 (je souligne).

44 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVI, *op. cit.*, pp. 294.

45 C. SCHMITT, *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 78 : « Est politique tout regroupement qui se fait dans la perspective de l'épreuve de force », de sorte que les notions élémentaires du politique (État, république, société, souveraineté, etc.) se trouvent vidées de tout contenu propre (p. 69). D. Cumin (« Carl Schmitt, Leo Strauss et le concept du politique », *Revue Klesis*, 2011 : 19, pp. 155-176) montre toutefois que la « théologie politique » de Schmitt ne se réduit pas à un décisionnisme strict, nécessairement relativiste.

soutient lui aussi qu'en dernier ressort c'est le droit de la Cité (donc sa puissance) qui qualifie l'ennemi :

L'ennemi est celui qui vit hors de la cité et ne reconnaît, ni en qualité de confédéré, ni en qualité de sujet, le gouvernement qu'elle a institué. Ce n'est pas la haine en effet qui confère la qualité d'ennemi de l'État, c'est le droit qu'à la cité contre lui, et à l'égard de celui qui ne reconnaît l'État constitué par elle par aucune sorte de contrat, la cité a le même droit qu'à l'égard de celui qui lui a causé un dommage.⁴⁶

Certes, Spinoza épingle la tendance d'un gouvernement autoritaire à « traiter en ennemis »⁴⁷ les citoyens les plus valeureux et indépendants d'esprit, ou à abuser du secret d'État⁴⁸. « Il est bien vrai qu'il peut en droit tenir pour ennemis tous ceux qui, en toutes matières, ne pensent pas entièrement comme lui », concède-t-il : « mais la discussion ne porte plus sur son *droit*, elle porte sur ce qui lui est *utile* »⁴⁹. Si on comprend bien l'intention de Spinoza, qui est de contrer Hobbes sur le terrain de l'efficacité plutôt que de la morale, le philosophe ne ménage toutefois aucune place pour l'idée de garantie juridique : si le citoyen ne peut faire valoir aucun droit face au pouvoir absolu du souverain, que lui importe que le théoricien se déclare favorable à la démocratie ou à la liberté d'expression ? Arguer de ce qu'il y a de « *pernicieux* » et même d'absurde plutôt que d'*injuste* à faire mourir des

46 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XVI, trad. Appuhn, Paris, GF-Flammarion, 1965, p. 270.

47 *Ibid.*, chap. XX, *op. cit.*, p. 333.

48 SPINOZA, *Traité politique*, chap. VII, §29, *op. cit.*, p. 68 : « Ceux qui peuvent traiter secrètement les affaires de l'État l'ont entièrement en leur pouvoir, et en temps de paix tendent des pièges aux citoyens comme ils en tendent à l'ennemi en temps de guerre ».

49 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XX., *op. cit.*, p. 328 (je souligne).

citoyens pour le simple fait d'avoir professé une opinion⁵⁰, ou de encore de châtier des innocents, est non seulement paradoxal, mais hautement problématique du point de vue déontologique⁵¹. Le Léviathan livre une synthèse de ce pragmatisme d'État qui offre peu de place à la nuance :

Si l'on inflige un mal quelconque à un innocent qui n'est pas un sujet, que cela ait lieu pour le bien de la République, et sans violation d'une convention antérieure, ce n'est pas là une infraction à la loi de nature. En effet, tous les hommes qui ne sont pas des sujets, ou bien sont des ennemis, ou bien ont cessé de l'être en vertu de conventions antérieures. Mais aux ennemis que la République juge aptes à nuire à ses sujets, il est légitime, en vertu du droit de nature originel, de faire la guerre : or dans celle-ci l'épée ne juge point, et le vainqueur ne fait nulle distinction relative au passé entre homme nuisible et homme innocent : il ne connaît pas d'autre pitié que celle qui sert au bien de ses concitoyens.⁵²

L'ennemi constitue ainsi jusqu'à Hegel un point aveugle de la théorie politique⁵³, et c'est par le fait même de leur anthropologie de l'hostilité, que les théories

classiques se trouvent à exclure l'ennemi du domaine du politiquement pensable. Schmitt fait ainsi observer que « l'État européen classique [a] réussi cette chose tout à fait invraisemblable qui fut d'instaurer la paix à l'intérieur et d'exclure l'hostilité en tant que concept de droit »⁵⁴. Après avoir tant fait pour donner à l'hostilité naturelle un rôle constitutif du point de vue théorique, les penseurs classiques échouent à rationaliser et à encadrer juridiquement la régulation de la violence, qui est renvoyée à « l'état de nature », aux mouvements factieux ou aux ambitions d'un chef⁵⁵, dans l'infra-politique et juridique, c'est-à-dire à ce qui échappe à toute mesure. Enfreindre la loi, donc la nier, c'est se placer en position d'extériorité et incarner une *limite* du droit et de l'État lui-même en tant qu'il en est le garant ultime⁵⁶. Mais c'est parce qu'il était impossible, dans les modèles classiques de l'État, de déterminer précisément *ce que* le délinquant vient *nier* lorsqu'il commet son délit, que Hegel a tenté d'enrichir le sens de l'inimitié en lui donnant une extension *éthique* plutôt qu'étroitement conative, c'est-à-dire en passant de l'idée de lutte pour *l'existence* à celle de lutte pour la *reconnaissance*⁵⁷. La théorie hégélienne de l'État comme « réalité éthique » inscrit l'hostilité dans une dimension intersubjective : l'ennemi devient « différence éthique », et s'affronte à une réalité plus concrète (selon l'acceptation hégélienne de ce

50 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XX, *op. cit.* p. 333 : « Combien ne vaudrait-il pas mieux contenir la colère et la fureur du vulgaire que d'établir des lois dont les seuls violateurs possibles sont les amis des arts et de la vertu, et de réduire l'État à cette extrémité qu'il ne puisse supporter les hommes d'âme fière ! [...] Quoi de plus pernicieux, je le répète, que de tenir pour ennemis et de conduire à la mort des hommes auxquels on n'a ni crime ni forfait à reprocher, simplement parce qu'ils ont quelque fierté de caractère ? ».

51 Cf. E. ANSCOMBE, « La philosophie morale moderne », revue *Klesis*, 2008, pp. 28-29 : « Si quelqu'un pense réellement, par avance [c'est-à-dire indépendamment de circonstances particulières], que s'interdire ou non d'envisager l'exécution judiciaire d'un innocent est une question ouverte, je refuse de discuter avec lui : son esprit est corrompu » (je retraduis ce passage épineux).

52 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 338.

53 C. SCHMITT, *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 106 : « Hegel, enfin, a donné une définition de *l'ennemi*, ce que les philosophes

modernes évitent habituellement : il est la différence éthique [...], l'étranger à nier dans sa totalité vivante ».

54 *Ibid.*, p. 43.

55 Cf. HOBBS, *Dialogue des Common laws*, Paris, Vrin, 1996, p. 36.

56 Cette difficulté, en réalité largement induite, est levée par Kelsen qui souligne qu'« entre la proposition qui décrit une norme en énonçant qu'un individu doit se conduire de telle ou telle façon et la proposition qui constate qu'il ne s'est pas conduit de cette façon, il n'existe aucune contradiction logique » (*Théorie pure du droit*, §27, *op. cit.*, p. 121).

57 Cf. A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, « Folio essais », 2000, p. 16.

terme) que la seule autorité politique. Schmitt, qui doit manifestement beaucoup à Hegel, demande ainsi :

Qui puis-je donc reconnaître enfin comme mon ennemi ? Manifestement celui-là seul qui me met en question. En tant que je le reconnais comme mon ennemi, je reconnais qu'il me met en question. [...] Sois donc prudent et ne parle pas à la légère de l'ennemi. On se classe d'après son ennemi. On se situe d'après ce que l'on reconnaît comme son ennemi.⁵⁸

Le passage de Hobbes à Hegel représente assurément un progrès *théorique* dans l'interprétation du conflit : l'hostilité y acquiert un sens plus profond, puisqu'elle vise l'affirmation et la détermination de soi par la négation de l'autre, et non sa simple annihilation. On peut, par exemple, conduire une analyse hégélienne d'un attentat raciste et des réactions qu'il suscite. Le réflexe, compréhensible et certainement louable à plus d'un titre, est de serrer les rangs lorsqu'un membre d'une « communauté » est touché, *mais au-delà* de cette communauté même, de sorte que le terroriste se retrouve face à tout le corps politique uni sous la bannière des « valeurs de la république ». Trop insister sur la religion ou l'origine de la victime, c'est la faire exister comme le criminel raciste l'a vue : on doit donc se hausser d'emblée au point de vue de l'universel pour juger de tels crimes.

58 C. SCHMITT, *Ex captivitate salus. Expérience des années 1946-1947*, Paris, Vrin, 2003, cité par Julien Freund in C. SCHMITT, *La Notion de politique, op. cit.*, p. 37. En définitive, l'argumentation schmittienne semble revenir à une énième variation hégélienne sur le « *omnis determinatio est negatio* » spinoziste, qui veut que non seulement l'État ne puisse se déterminer dans une forme concrète sans exclure *ipso facto* ce qui n'est pas lui (d'un point de vue qu'on qualifiera de « statique »), mais que c'est dans ce mouvement même de négation qu'il se définit. C'est ce qui fait dire à Schmitt que « l'élimination de cet ennemi possible entraînerait celle de toute cohérence logique proprement politique » (*La notion de politique, op. cit.*, p. 108).

C'est l'individu criminel qui, faisant exister le particulier au sein de l'universel, s'exclut lui-même par son geste odieux ; mais comme l'universel qu'il nie n'est pas seulement l'universel abstrait du droit, de la propriété, ou de la vie, mais l'Idée même de communauté politique rassemblant des êtres différents dans un tout pacifique et vivant, il n'est plus seulement criminel mais devient ennemi du *genre humain*.

Quoique séduisant, ce mode d'argumentation à demi incantatoire a aussi des conséquences fâcheuses : car si les « valeurs » dont la République se réclame sont « universelles », le geste du criminel par lequel il s'exclut de cette universalité le renvoie aussi nécessairement à l'incompréhensible, à l'impensable et pour tout dire à la sphère du *tabou*⁵⁹. L'universel est sans extérieur, par définition : celui qui attaque la *patrie* peut le faire au nom de *sa* patrie, ou d'un idéal quelconque (fût-il condamnable, dans sa fin ou ses moyens), mais celui qui attaque l'universel comme tel tombe pour ainsi dire dans

59 Le discours du Président Sarkozy qui suivit la mort de M. Merah témoigne de cette difficulté à garder la mesure face à un crime odieux, crime par lequel son auteur revendiqué prétendit lui-même avoir voulu « mettre la France à genoux » : « ces crimes sont inexplicables et inexcusables » (Discours de Strasbourg du 22/3/2012). Difficile de comprendre ce qui rend si banale cette confusion entre *expliquer* et *excuser*, sauf à supposer qu'au fond elle relève du procès d'intention : elle constituerait une réponse anticipée à celui qui, en s'efforçant d'« expliquer » un geste criminel, parerait son discours d'une scientificité de façade dans le but de *chercher des excuses* au délinquant. L'ancien premier Ministre Jospin affirmait déjà vouloir rompre avec la culture des « excuses sociologiques » (*Le Monde* daté du 7 janvier 1999). Mais si Wittgenstein faisait déjà remarquer que la formule « tout comprendre, c'est tout pardonner » est trompeuse (*Leçons sur la liberté de la volonté*, Paris, Puf, 2002, p. 39), le plus étonnant est qu'on ne voit pas bien pour quels motifs inavouables quiconque pourrait vouloir « trouver des excuses » au délinquant ou au terroriste : l'accusation « d'angélisme » est donc un épouvantail, et pas seulement la marque d'un « esprit faux », comme dirait Pascal.

le non-être ou « l'axe du mal »⁶⁰. Le terme « terroriste » sert entre autres à baptiser tout cela. Voilà pourquoi on peut dire que « le paradoxe de ce début de XXI^e siècle est d'être celui de l'invocation des droits fondamentaux et de garanties conventionnelles et constitutionnelles accrues des Droits de l'homme mais sans scrupule s'agissant d'exceptions »⁶¹, paradoxe que soulignait déjà Russell il y a près d'un siècle :

Sous la pression du danger, croyances et émotions sont toutes assujetties à une seule fin : la préservation de soi. Puisque les hommes civilisés répugnent à tuer et à estropier leurs semblables, il devient nécessaire de vaincre cette répugnance en niant cette ressemblance et en accusant de méchanceté ceux à qui l'on veut faire du mal. Il en résulte que les jugements moraux les plus durs contre l'ennemi sont produits par les nations qui doivent surmonter les impulsions de bienveillance les plus fortes.⁶²

Ce que montre ce parcours un peu rapide, c'est l'impossibilité de se prémunir contre une notion extrêmement vague de « danger » ou de « menace » dès lors que le sens de l'hostilité n'est déterminé que par référence à la sou-

veraineté de l'État, que ce dernier possède ou non un fond éthique. Le « droit pénal de l'ennemi » statue sur des conduites qui, à l'intérieur de l'État (sur son territoire), sont désignées par lui comme *péris*, mais qui s'apparentent en réalité au *crime de lèse-majesté*, que Hobbes définissait assez largement comme tout « dessein ou acte contraires à une loi fondamentale »⁶³. Or l'interprétation de cette « loi fondamentale » autorise les dispositions les plus arbitraires⁶⁴. L'un des sens de l'expression « État de droit » est qu'il existe une condition politique à l'efficacité du droit, qui est l'État lui-même : or il n'est pas possible que les conditions de la défense de l'État se trouvent toutes *dans* le droit, ni que ce seul motif de la protection de l'État permette de délimiter le droit pénal pour ainsi dire *de l'intérieur*. Il tend au contraire toujours à justifier une législation d'exception⁶⁵. Concluons alors, en nous inspirant de ce que disait Wittgenstein du problème du fondement des mathématiques (les mathématiques n'ont pas plus besoin de fondement que, sur un tableau, un château n'a besoin du rocher sur lequel il est posé⁶⁶), que le droit pénal n'attend pas d'être fondé sur un concept univoque de l'État de droit, qui serait à la législation ce que le plan euclidien est à la géométrie.

60 Schmitt souligne avec raison que ces guerres qui sont entreprises « sous forme de toute dernière des guerres que se livre l'humanité [...] se distinguent fatalement par leur violence et leur inhumanité pour la raison que, transcendant le politique, il est nécessaire qu'elles discréditent aussi l'ennemi dans les catégories morales ou autres pour en faire un monstre inhumain, qu'il ne suffit pas de repousser mais qui doit être anéanti définitivement » (*op. cit.*, p. 75). S'il n'existe plus de *limites politiques*, alors l'ennemi ne peut plus être que celui de *l'humanité* (p. 96). La notion d'« État voyou » employée au moment de la seconde guerre du Golfe participe de cette volonté d'exclure du politique certains États, qui deviennent *ipso facto* des ennemis de l'humanité.

61 C. LAZERGES, in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, Puf, 2011, p. 18.

62 B. RUSSELL, « De la justice en temps de guerre », in *Le pacifisme et la révolution*, Marseille, Agone, 2014, p. 84.

63 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 328.

64 « C'est assez que le crime de lèse-majesté soit vague, pour que le gouvernement dégénère en despotisme », écrivait Montesquieu (*De l'esprit des lois*, L. XII, chap. 7). Sur le recours à la catégorie de lèse-majesté comme « voie royale de l'état d'exception » en matière pénale, cf. C. SPECTOR, « Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté dans *L'Esprit des lois* », revue *Lumières*, n° 20, 2012/2, L. DELIA et G. RADICA, dir., « *Penser la peine à l'âge des Lumières* », pp. 55-71.

65 M. DELMAS-MARTY, article cité, p. 467.

66 J. BOUVERESSE, *La rime et la raison*, Paris, Minuit, 1973, pp. 112-113.

Mesurer un risque, juger d'une menace

Si l'analyse du *concept* d'ennemi est une impasse, pouvons-nous tout de même désigner les *conduites* qui mériteraient d'être appelées « hostiles » ? Schmitt n'est ici d'aucune aide, puisqu'il est entièrement redevable de ce tour de la pensée rationaliste qui veut que par abstraction de ce qui est empiriquement exceptionnel (la guerre civile en particulier) et modélisation d'une « nature humaine » se révélant dans cette situation d'exception même, puissent être déterminées des conditions politiques et juridiques auxquelles l'exception le demeurera. Or, il n'est pas du tout certain que ce « fond des choses » dont parle Schmitt⁶⁷ désigne quoi que ce soit d'effectif, ni d'ailleurs que nous devions entrer dans de telles considérations pour distinguer entre une bonne et une mauvaise mesure pénale, ce qui devrait être l'objet véritable de nos discussions. Inutile de scruter le fond de l'eau pour bien nager ; une grande masse d'eau nous portera plus facilement quoi qu'il en soit. Si « fond des choses » il y a, c'est donc plutôt la tentation du législateur ou du défenseur inconditionnel de la souveraineté de s'exonérer, par l'autorité rationnelle et déductive du système, de la charge du *jugement* : or il y a indéniablement une responsabilité à désigner un comportement comme délictueux, criminel ou résolument hostile. « 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 », écrit J.-F. Dreuille⁶⁸ : ajoutons qu'une société revendique rarement ce droit comme tel, mais plutôt comme droit légitime de se défendre, face à un ennemi qui se désignerait de lui-même et apparaîtrait pour ainsi dire toujours en majesté.

L'explicitation et la justification de ces dénominations mêmes répondent pourtant à une exigence démocratique minimale : si la communauté

politique peut ainsi prononcer des exclusions, il est bon qu'elle s'interroge sur les conditions auxquelles elle le fait, et que celles-ci puissent au moins être justifiées du point de vue de la cohérence. Une chose est de soutenir qu'on ne peut fonder l'édifice du droit pénal sur une base jusnaturaliste, éthique, politique ou métaphysique, autre chose est pour une société de se dispenser de tout travail réflexif et critique sur ses propres pratiques pénales. Or l'analyse philosophique contribue précisément à révéler le caractère singulier, et parfois injustifiable, de certaines évolutions aux conséquences bien concrètes. Ne prenons qu'un exemple : en droit pénal, un enjeu déterminant porte sur le statut de *l'enfant*, selon qu'on le définit par un complexe biologique, affectif et cognitif, ou bien au contraire par ses seules aptitudes physiques ou ce qu'il est capable d'en faire, ce qui aura pour effet de rendre plus floue la frontière avec l'âge adulte⁶⁹. On entend parfois dire que « les mineurs d'aujourd'hui ne sont plus les enfants d'autrefois puisqu'ils commettent de graves délits, voire des crimes »⁷⁰, comme si on pouvait se satisfaire d'une définition purement pragmatique de l'enfant : l'enfant, c'est celui qui chipe des bonbons ; s'il commet un vol à l'arraché, ce ne peut plus être un enfant – argument qui, outre qu'il se heurte à une évidente objection de circularité, laissera perplexe toute personne qui aura ne serait-ce qu'effleuré les œuvres de Freud ou de William Golding. Il en va au contraire de la responsabilité *morale* et *politique* du législateur que de *dire* ce qu'on appelle

69 Cf. M. DELMAS-MARTY, article cité, p. 481.

70 On trouve dans le Discours de Grenoble du Président Sarkozy une singulière formule d'appel au bon sens : « Je n'ai pas la vérité. Mais convenons que l'ordonnance de 1945 n'est plus adaptée aux mineurs d'aujourd'hui » (journal *La Croix*, 2/8/2010). « *Je n'ai pas la vérité* » vaut disqualification de l'adversaire qui, parce que c'est un idéologue, prétendrait la détenir quant à lui, au point d'en perdre le sens commun. « *Convenons* » donc ensemble, et reconnaissons l'évidence des faits contre les apôtres de l'angélisme, que la législation est obsolète et doit être rendue plus sévère.

67 SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p. 73.

68 J.-F. DREUILLE, article cité, p. 150.

« enfant », et *ce que c'est que juger un enfant*, de sorte que la société soit au clair sur ce qu'elle considère et traite *comme un enfant*. Il en va de même pour toutes les figures qui renvoient aux frontières mêmes du droit, comme le fou – ou l'ennemi.

Ce qui confère à un individu le statut d'ennemi est qu'il représente un risque que l'État *estime* de pas devoir assumer – c'est ce que dit le chapitre II, 5 du *Contrat social*, en faisant remarquer (plutôt qu'en *affirmant*, raison pour laquelle on ne peut pas à proprement parler dire que Jean-Jacques Rousseau défende la « peine de mort ») que « quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi », puisqu'« on n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger ». Il paraît alors légitime de dire que la *menace* de la loi doit prévenir et répondre aux agissements de tout individu *menaçant*. Cette conception de la peine comme simple moyen psychologique de dissuasion est pourtant impropre: en réalité la sanction n'est que l'envers de la norme qui prescrit ou proscrie un comportement, et ne saurait en être abstraite. Comme le fait remarquer Kelsen, « le sens d'une menace est, en effet, qu'un certain mal *sera* infligé sous certaines conditions. Mais le sens de l'ordre juridique, lui, est que, telles conditions étant données, certains maux *doivent* être infligés »⁷¹. On le sait: la proposition de droit « Quiconque commet *x* doit ou mérite de recevoir *y* » n'est pas du tout de même forme que la mise en garde « si tu commets *x*, tu recevras *y* ». La loi pénale ne peut donc être conçue comme *menace répondant à un comportement menaçant*; on ne punit pas *parce que* des crimes sont commis; et en tout état de cause, nulle définition d'un comportement menaçant ne peut justifier le *devoir* de le prévenir ni de le punir⁷².

71 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, I, §6, *op. cit.*, p. 50.

72 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, chap. 17, Paris, Puf, « Léviathan », 1996, p. 79: « On ne peut pas inférer de ce que *quelque*

Ne faut-il pas alors tout simplement renoncer à ce lexique délétère et hautement subjectif de la « menace » ? Dans le contexte de notre discussion, la « menace » n'est que le prêtre-nom d'une crainte diffuse à laquelle on adjoint un qualificatif tout aussi vague: par exemple, l'expression « menace terroriste » n'indique pas une crainte légitime ayant pour objet un individu ou un groupe bien précis se préparant à agir *ès qualités*, mais une appréhension plus ou moins irrationnelle à l'égard d'un certain *mode opératoire* (attentat, prise d'otage) qui tomberait littéralement du ciel⁷³. La même remarque vaut pour l'expression médiatique de « nouvelles formes de violence ou de conflit », qui ajoute à cette menace diffuse une mutabilité extrême, donc imprévisible et sournoise, de la violence. Il est évident qu'on ne peut pas davantage « craindre la menace terroriste » qu'on ne peut « craindre les catastrophes naturelles »: on peut craindre que *tel* volcan se réveille, ou avoir des raisons *objectives* de penser que *tel* individu ou groupe d'individus projette de se livrer à des actions criminelles, ce qui est très différent. On ne surveille pas un volcan au motif que *c'est* un volcan, mais parce qu'il a déjà sévi ou semble vouloir le faire à nouveau; parce qu'il représente un *danger*; mais s'il est également difficile de prévoir la *récidive* d'un volcan et d'un délinquant, ce n'est pas du tout pour les mêmes raisons. C'est *l'état* d'un volcan qui le rend dangereux, tandis que seuls les *actes* d'un homme le sont: or le droit pénal de l'ennemi nous reconduit tout au contraire à un droit pénal *de l'auteur*⁷⁴; il traite la dangerosité comme un *état*.

chose est que quelque chose *doit être* ».

73 Comme le souligne M. TROPER (« L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in S. THÉODOROU, dir., *L'exception dans tous ses états*, Marseille, Parenthèses, 2007, p. 168), il y a tout lieu de penser que cette formule sert à pérenniser des mesures d'exception, puisqu'il semble impossible de définir « un moment où cesserait toute menace d'attaque terroriste ».

74 J.-F. DREUILLE, article cité, p. 152.

Il est à présent banal de distinguer l'idée de *comportement* dangereux de celle, hautement problématique, d'*individu* dangereux⁷⁵. Pourtant, comme le souligne J. Bouveresse, «il y a parfois des choses bien connues que les circonstances obligent à répéter et même à répéter souvent»⁷⁶; analysons donc plus précisément le lexique du «danger» et de la «menace». Concédon's d'abord qu'être déclaré coupable des conséquences qu'on *aurait pu* produire par sa conduite semble être une curiosité logique qui ne pouvait exister que par la grâce d'une législation: nous en avons pourtant besoin pour établir le caractère délictueux de la conduite en état d'ivresse. Il y a en effet un sens à formuler un reproche en demandant «*Et si, alors que vous étiez ivre, vous aviez renversé quelqu'un?*», et il est absurde et de mauvaise foi de répondre «*Mais ça ne s'est pas produit*»: ce qui se produit ou non ne fait pas disparaître la question (la légitimité qu'il y a à la poser), et l'éventualité de l'accident reste vraie et effective même lorsqu'on l'exprime au passé.⁷⁷ «La dangerosité est au cœur du droit pénal. Elle l'a toujours

été», écrit ainsi un auteur⁷⁸. Les termes de «risque», de «danger» ou de «menace» interviennent en fait dans des jeux de langage différents qu'il est d'autant plus important de ne pas confondre que le discours politique a une tendance spontanée à jouer de ces confusions: ainsi de la «guerre contre la délinquance». Conduire en état d'ivresse *est* dangereux: cela augmente les risques liés à la circulation automobile dans des proportions qu'il est possible de mesurer (quoique les méthodes de calcul puissent sans doute être débattues, ce qui est une autre question); laisser des armes à feu en libre circulation est dangereux, et répondre à une menace (par exemple de cambriolage) par une menace (en armant les bijoutiers) l'est d'autant plus; en revanche, dissimuler son visage dans une manifestation ne correspond à aucun risque assignable, à aucune connexion causale repérable, car il n'y aurait aucun sens à soutenir que porter une cagoule engendre un risque accru de briser une vitrine lorsqu'on manifeste⁷⁹.

Cette distinction revient à opposer au *comportement* d'un individu l'*action* d'un sujet: celui qui prend sa voiture après avoir bu voit sa maîtrise altérée et son comportement modifié, tandis que celui qui porte une cagoule ne cesse jamais d'être un *agent libre*. Sa liberté réside dans l'empire qu'il a sur ses intentions et donc sur le *sens* de ses actes. On ne peut lui confisquer l'autorité qu'il détient sur ses propres motifs sans lui ôter ipso facto la

75 Cf. 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: <http://champpenal.revues.org/6183>.

76 J. BOUVERESSE, *La connaissance de l'écrivain*, Marseille, Agone, 2008, p. 9.

77 Dire «vous auriez pu tuer quelqu'un» n'a pas le même sens que «j'aurais pu sortir un double six aux dés»: c'est pourquoi on ne peut se repasser mentalement sans trembler un épisode où, par un défaut d'attention, «on l'a échappé belle», après avoir manqué une marche d'escalier par exemple. De la même façon, s'il n'y a pas de forme passée pour «Tu viens, n'est-ce pas?» (Wittgenstein, *Fiches*, §80, Paris, Gallimard, 2008, p. 32), il y a bien un sens à continuer de s'interroger sur les intentions de notre interlocuteur au moment où cette question lui aura été posée, quelles que soient sa réaction ou sa réponse («Tu viens, n'est-ce pas?») valant à la fois comme question et comme encouragement, on pourra toujours continuer de se demander: et si je n'avais pas posé la question, serait-il venu?).

78 J. ALIX, «Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France», in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 50. Il faudrait sans doute nuancer la formule, puisqu'on a des raisons de penser que le droit pénal, sans jeu de mots, n'a pas de cœur, mais est bien plutôt une périphérie, une sphère à la surface de laquelle dérivent des continents qui se nomment «rétribution», «neutralisation» ou «prévention», et dont aucun n'incarne le centre du monde pénal.

79 Il en va de même pour la «rétention de sûreté»: «le lien de causalité entre l'infraction précédemment commise et la mesure appliquée est trop distendu pour avoir une quelconque valeur» (J. ALIX, article cité, p. 67).

responsabilité⁸⁰. Or il est nécessaire de comprendre cette conduite comme signe manifeste et univoque d'intention subversive pour qu'il y ait un sens à la réprimer, ce qui est précisément impossible : aucun argument de bonne foi ne permet de justifier qu'on interprète comme signe évident de rébellion ou d'intention délictueuse la dissimulation de son visage dans un regroupement ou une manifestation. On peut tout à fait juger regrettable, peu courageux et même suspect de ne pas afficher son visage dans une manifestation publique, sans qu'on puisse pour autant donner un *contenu* à cette suspicion : cette seule considération suffit à disqualifier une telle mesure. La loi ne peut pas se substituer aux forces de l'ordre (pas davantage qu'un *barème* ne dispense de juger du niveau général d'un devoir), à qui revient de juger d'un comportement suspect, jugement qui porte sur une situation singulière. Le paradoxe est que certains comportements qui dénotent une franche hostilité à l'égard de l'autorité elle-même, comme le fait de proclamer un slogan anarchiste ou hostile aux forces de l'ordre, s'observent dans plus d'une manifestation publique, sans pour autant être réprimés directement, du moins dans ce contexte. Il faut donc conclure que l'autorité politique ne sait pas *exactement* ce qu'elle prétend reprocher à un individu désigné comme « menaçant », « dangereux », ou « à risque », d'où la tendance de tout droit pénal draconien à réduire le sujet de droit à du *non-humain* –

80 La loi du 19 juin 2009 vise en effet celui qui dissimulerait son visage « afin de ne pas être identifié » : or la difficulté porte moins sur l'appréciation de tels signes que sur la détermination des *raisons* de ne pas vouloir être identifié, dont certaines ne relèvent ni de près ni de loin de la législation. Quelqu'un peut souhaiter grossir anonymement le nombre des manifestants, et dissimuler sa présence à sa famille ou à son employeur. Réservons la question, peu pertinente ici, de savoir s'il y a un contradictoire à *manifestar* en *dissimulant son identité*, puisque la loi, fort heureusement pour le genre humain, n'a pas pour fonction de sanctionner l'inconséquence.

animal, diable, chose ou élément d'une statistique⁸¹ -- où il ne s'agit même plus d'imposer aux individus le sens de leurs propres actes, mais de les considérer de façon mécanique, comme on surveille les signes avant-coureurs d'une éruption volcanique. Nous voilà alors transportés dans un domaine de signes qui occasionne toutes les fantaisies herméneutiques. Comme l'écrivait déjà Hans Magnus Enzensberger en 1964 :

Ce qui paraît surtout irriter la législation moderne, c'est la « résistance aux pouvoirs publics ». Quand il est question de cela, les textes perdent facilement leur calme apparent. L'écume vient à la bouche de leurs défenseurs, un trouble anodin devient un « attroupement », le passant un délinquant. La fureur avec laquelle son délit est puni montre l'insécurité de notre ordre public, l'envers de sa puissance.⁸²

Cette imprécision et cette confusion mêmes en rendent délicate la critique, et il n'est pas facile de déterminer le genre d'arguments qu'on doit opposer à une telle dérive. Si un consensus se dessine, y compris chez ses défenseurs, quant à son caractère anti-humaniste ou du moins anti-libéral⁸³, cette logique pénale de l'hostilité

81 Dire de l'homme qu'il est un « loup » pour l'homme, c'est refuser d'en faire un *diable* (cf. Spinoza, *Traité politique*, chap. II, §6), mais c'est aussi potentiellement faire disparaître l'individu au sein de la *horde* (sur ce point, je renvoie à l'intervention de D. Lagorgette dans ce même recueil). On notera aussi, en particulier sous l'impulsion des logiques actuarielles, le « processus de réification, construit autour de la rhétorique du risque », qui « nous éloigne du registre de l'humain pour nous introduire dans le monde des choses », où l'homme devient « une chose pour l'homme » (C. APETRIOAIE et C. DJUISSI SIGHA, « *Homo homini res est? Dangerosité et droit au Canada* », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, op. cit., pp. 249-250). J'ajouterai enfin ces métaphores reprises *ad nauseam* que sont le « virus de l'islamisme » ou le « fléau du terrorisme », et qui posent encore un autre type de question.

82 H. M. ENZENSBERGER, *Politique et crime*, op. cit., p. 28.

83 Cf. M. DELMAS-MARTY, article cité, pp. 478-479.

semble toujours osciller entre raison d'État, protection inconditionnelle des honnêtes gens, et rêve impossible de réduire tout élément d'incertitude, tout écart entre ce que dicte la norme et les conduites individuelles effectives⁸⁴. On a bien le sentiment que c'est le même *esprit* qui guide des mesures comme la « rétention de sûreté » ou la loi sur « l'occupation illégale de hall d'immeuble », mais c'est peut-être seulement parce qu'elles sont défendues par les mêmes personnes, ou bien parce qu'elles visent le même genre de personnes – le *mauvais genre*: les *outsiders*, ceux dont on peut dire que, délibérément ou non, ils se situent dans un *en-dehors*, quel qu'il soit. On peut ainsi faire remarquer contre Schmitt que la désignation de l'ennemi est une façon commode d'effacer ses propres contradictions, si comme le disait Montaigne « il y a autant de différence de nous à nous-mêmes que de nous à autrui »⁸⁵. Mais attaquer un « esprit », ou dessiner des « généalogies », comme les disciples de Nietzsche ou de Foucault, c'est au fond s'abandonner aux facilités du procès d'intention et de la confiscation du sens, et ainsi employer les mêmes armes que celles qu'on demande à l'adversaire de déposer. Nous avons donc besoin d'une argumentation plus solide; demandons-nous à quelle opération nous nous livrons lorsque nous statuons sur ce qui représente une menace.

Délibération et sens du pénal

On ne *constate* pas une menace: on en juge. Désigner un comportement comme dangereux ou menaçant constitue de la part du législateur un jugement « réfléchissant »⁸⁶, lui-même adossé à un jugement de

valeur dont les significations ultimes sont les suivantes: nous ne *souhaitons* pas que nos concitoyens se comportent de cette façon, et nous *préférons* une société dans laquelle ce comportement est regardé comme celui d'un ennemi plutôt que d'un concitoyen, et comme outrepassant de ce fait les limites du droit pénal ordinaire. En ce sens, il n'est donc pas exact que « légiférer n'est pas juger »⁸⁷, et on doit admettre au contraire que l'acte de légiférer ou d'énoncer la loi est aussi un certain *genre de connaissance*, dont l'objet n'est autre que les conduites sur lesquelles la loi statue.

Dans *Le Politique*, Platon recourt à une comparaison bien faite pour mettre en évidence les limites de l'art législatif: pensons au médecin qui, partant séjourner à l'étranger, laisserait des indications de traitement mais qui, de retour plus tôt que prévu, refuserait de revoir ses prescriptions en fonction de l'état de son patient.⁸⁸ Une telle attitude ne susciterait-elle pas « le plus magnifique éclat de rire »⁸⁹? Cette critique bien connue de la loi dans sa généralité, face au caractère changeant des affaires humaines, ne doit pourtant pas masquer l'essentiel: le fait que ce qui lie les deux sens de « prescrire » (législatif et médical) n'est pas seulement d'ordre métaphorique, dans l'esprit de Platon. La loi vise à soigner, et c'est précisément la raison pour laquelle Platon voyait comme un « sujet de honte » tout projet de droit pénal dans la cité idéale qu'il projetait⁹⁰: la législation pénale, même si elle connaît des altérations, est destinée à rester, et il semble donc absurde au philosophe de la déduire d'une théorie politique qui présupposerait son propre échec (pourquoi prévoir des sanctions sinon parce que même le meilleur des régimes

84 L. WITTGENSTEIN, *Fiches*, §440, *op. cit.*, p. 106: l'idée d'un « règlement idéal » de la circulation automobile est dépourvue de sens.

85 MONTAIGNE, *Essais* II, 1.

86 KANT, *Anthropologie*, I, §43, Paris, GF-Flammarion, 1993, p. 147: « Si l'entendement est ainsi la faculté des règles, la faculté de

juger est celle de découvrir le particulier en tant qu'il est un cas où s'applique cette règle ».

87 M. REVAULT D'ALLONNES, in H. ARENDT, *Juger*, *op. cit.*, p. 230.

88 PLATON, *Le Politique*, 295c-d, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1950, pp. 401-402.

89 *Ibid.*, 295d-e.

90 PLATON, *Les Lois*, L. IX, 853c, *op. cit.*, p. 113.

ne sera jamais entièrement obéi?). C'est donc qu'elle vise un autre but : non pas *exprimer*, mais contribuer à *réaliser* la justice. Ainsi, malgré le caractère potentiellement trompeur du mot *prescrire* (car *commander* n'est pas *conseiller*⁹¹), la métaphore est éclairante. En effet, de la même façon que la médecine ne peut entièrement prévoir le cours ni les formes changeantes d'une maladie, la loi dans sa généralité se trouve limitée de l'intérieur, par le destin imprévisible des actions particulières. C'est le cas lorsqu'une forme de délit déborde pour ainsi dire de sa catégorie, ou par exemple lorsque le crime organisé prend des proportions telles qu'il en devient un rival de l'État lui-même.

La loi ne peut connaître intégralement l'objet même auquel elle s'applique. Le législateur ne peut donc jamais *prendre congé* et considérer que la loi, dans sa généralité, met fin à toute discussion⁹². Mais c'est aussi pourquoi punir, c'est *agir*, et non *réagir*, contrairement à ce qu'indique le sophisme lockéen qui fait du droit de punir un prolongement de la légitime défense⁹³. Nous pouvons alors dire avec Hannah Arendt que revenir au politique, c'est justement assumer une pensée de l'action, plutôt que de chercher refuge dans la seule *légitimité* d'une législation. Conjurer «l'oubli du politique»⁹⁴, c'est revenir à l'exercice du jugement, c'est-à-dire à la conscience que toute action est limitée de toute part, en particulier pour des raisons éthiques, y compris à l'égard de celui qui se déclare notre ennemi. Le statut de criminel ou d'ennemi ne délie aucunement l'État de toute responsabilité : l'ennemi, quand bien même il se placerait de lui-même hors de toute limite (en particulier morale), n'affranchirait pas pour autant l'État de droit des limites par lesquelles il se définit lui-même et auxquelles

il doit, en sus de la seule puissance, son existence. On peut en effet émettre des réserves sur le raisonnement qui semble justifier, chez Günther Jakobs, le droit pénal de l'ennemi. Jakobs identifie une tension entre *mode* et *condition d'existence* de l'État : invoquant la nécessité (la réalité d'un «environnement hostile»), il fait remarquer que l'État de droit ne peut exister par la vertu de sa seule essence («en pensée»), mais qu'il doit en partie se renier lui-même pour assurer son existence⁹⁵. On aura pourtant du mal à justifier par ce genre de dialectique excessivement générale, simple reprise de l'argument de Créon dans l'*Antigone* de Sophocle (il faut savoir sacrifier famille et amis à l'État pour protéger famille et amis), une disposition comme la rétention de sûreté, dont on serait bien en peine de montrer que l'abrogation mettrait la sécurité de l'État en danger : en réalité, il est tentant de considérer que cette disposition est moins inspirée par un principe de sauvegarde de l'État, que par un populisme pénal qui s'adresse à la société des honnêtes gens.

On ne saurait exiger de la théorie politique ce qu'elle ne peut fournir : un critère objectif nous permettant de décider si une peine ou une disposition préventive est *nécessaire et proportionnée*, par exemple dans les cas de présomption de terrorisme. Voilà qui implique aussi de se délivrer de l'illusion selon laquelle les limites du concept de délinquant ou d'ennemi fourniraient ipso facto les limites de ce qui peut être entrepris à l'égard du délinquant ou du criminel concret : seules des considérations déontologiques peuvent remplir cette fonction. L'État lui-même est juge au sens où les limites qu'il fixe et se fixe impliquent un jugement sur l'acceptable ou le légitime, et pas seulement sur l'efficace.⁹⁶ Il ne s'agit pas de nous réfugier dans la seule invocation de l'éthique, au sens où

91 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVI, *op. cit.*, p. 282.

92 Cf P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris, Puf, «Quadrige», 2009, pp. 43-44.

93 LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, §13, *op. cit.*, p. 11.

94 M. REVAULT d'Allonnes, in H. ARENDT, *Juger*, *op. cit.*, p. 229.

95 G. JAKOBS, article cité, pp. 7-18.

96 Cette hétérogénéité de plan entre les intentions et les moyens au service d'une fin correspondrait assez bien aux ambivalences de la notion aristotélicienne de «choix préférentiel» (*proairesis*). Cf P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, *op. cit.*, pp. 119 sqq.

la déontologie viendrait seulement corriger ou amender *a posteriori* les pratiques pénales⁹⁷. Pas plus qu'il ne peut se substituer à une réflexion de nature juridique, ce souci éthique ne doit être un moyen d'éviter la « question de grande importance » posée par Hobbes : « par quelle porte s'introduisent le droit, l'autorité, qui habilent, dans quelque cas que ce soit, à châtier ? »⁹⁸. Le *sens du pénal*, en tant qu'il est une composante du sens du politique⁹⁹, doit rester ouvert, ce qui exige d'abord de ne pas traiter le champ pénal comme quelque chose qui relèverait purement du fait, comme un mal nécessaire, une simple mesure de prudence ni une technique de gouvernement. Ouvrir la question du sens du pénal, c'est par exemple reconnaître que s'exprime parfois une franche hostilité à l'égard de l'État et du « bien commun », mais que c'est un exercice du jugement que d'en penser la diversité des manifestations et d'évaluer la menace effective que chacune représente. Dire qu'il est juste de punir, c'est-à-dire en premier lieu de considérer comme crime ou délit tel acte ou telle menace à l'ordre public, n'implique en aucun cas de démontrer *a priori* le caractère injuste ou nuisible d'un genre déterminé de comportement¹⁰⁰. Il apparaît au contraire que n'ont rien d'absolues la *définition* et la *mesure* du risque en fonction du contexte institutionnel et social considéré, l'*appréciation* du risque lié à un comportement singulier, ni enfin le degré d'*acceptation* politique et sociale de ce risque.

Prétendre, au contraire, qu'il existe une rationalité stricte (déductive) propre à déterminer chacun de ces points, c'est réellement courir le risque de s'en remettre

à la seule source de rationalité pouvant s'appliquer universellement à l'intérieur des frontières, c'est-à-dire à la raison d'État. Contre cette logique qui revient en fait à entériner le décisionnisme, il faut revenir à la distinction élémentaire entre le « vrai » ou « ce qui est » et le « souhaitable » ou « ce qui vaut à nos yeux », et donc réhabiliter l'exercice collectif du jugement¹⁰¹. Mais il existe une différence, comme le fait remarquer V. Descombes, entre ce qui est souhaitable dans l'absolu (ce qui a une valeur) et ce que je dois faire (par exemple en tant que législateur), car on ne peut assimiler jugement de valeur et motif déterminant de l'action : « Que l'esclavage soit injuste ne signifie pas que moi, sujet pratique délibérant, je doive lutter pour que cette institution soit abolie »¹⁰². De la même façon, on peut considérer qu'il est regrettable de cultiver un attachement nostalgique pour la période vichyste, mais c'est encore un autre jugement qui nous enseigne que nous devons le combattre et sanctionner par la loi toute apologie de l'État vichyste ou de la personne de Pétain, mais *pour un ensemble de raisons hétérogènes*, de nature morale, historique et politique. Il est en effet également regrettable qu'un individu aspire à la domination du genre humain par les martiens ou par les insectes, mais nul ne jugera qu'il soit utile, pertinent, bénéfique, et peut-être même pour toutes ces raisons réunies, *juste*, de sanctionner pareil illuminé. Contrairement à ce qu'affirme Kant, il n'existe pas de

97 Cf. V. DESCOMBES, *Philosophie du jugement politique*, Paris, Seuil, « Points », 2008, p. 209.

98 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 331.

99 Cf. H. ARENDT, *Qu'est-ce que la politique?*, Paris, Seuil, « Points », 1995, pp. 63 *sqq.*

100 Comme Hobbes tentait de le faire en montrant que professer contre la religion officielle était en soi nuisible, donc devait être puni (*Léviathan*, chap. XXIX, *op. cit.*, p. 347).

101 V. DESCOMBES, *Philosophie du jugement politique*, *op. cit.*, p. 200.

102 V. DESCOMBES, *op. cit.*, p. 221. Descombes s'appuie sur le §33 de *L'intention* d'E. ANSCOMBE (Paris, Gallimard, 2002, p. 111) : « Il est évident que je peux décider en vertu notamment de considérations générales sur les coloris, qu'une robe dans la vitrine d'un magasin m'irait très bien. Il ne s'ensuit pas pour autant qu'on puisse m'accuser d'être inconséquent si, sur ce, je n'entre pas pour l'acheter ; et cela, même s'il n'y a aucun obstacle comme le manque d'argent par exemple. ».

concept de «l'action punissable»¹⁰³, puisqu'aucune contrainte logique ne pèse sur le législateur pour adopter telle ou telle loi pénale: ou plus exactement, quand bien même nous pourrions montrer qu'il existe des actions en elles-mêmes répréhensibles (par exemple le meurtre qui serait en soi un mal moral), rien ne nous indiquerait que nous *devons* les punir, et encore moins *comment*. L'argument rétributif est donc impuissant, qui dit que le criminel a *voulu* son geste («il l'a bien cherché», «il aurait pu s'abstenir»¹⁰⁴), car il ne pourra jamais nous indiquer *comment* punir, ni *ce qui est puni* dans une action, lorsqu'elle l'est. L'imputation métaphysique et la foi du charbonnier placée dans le libre-arbitre ne font que dissimuler ce fait que la loi pénale ne se contente pas de *réagir* au crime, mais qu'elle le *désigne comme tel* et le fait exister dans la sphère du droit. Affirmer que le crime et l'acte d'hostilité constituent un mal moral et un dévoiement du libre-arbitre dont le criminel s'est rendu seul coupable satisfera sans doute le sens commun, mais le droit a tout à gagner à se garder de prétendre restaurer la morale¹⁰⁵: comme le fait remarquer Spinoza, «quels ne

sont pas les maux ayant leur origine dans le luxe, l'envie, l'avidité, l'ivrognerie et autres passions semblables? On les supporte cependant parce qu'on ne peut les prohiber par le pouvoir des lois et bien que ce soient réellement des vices»¹⁰⁶. Existe-t-il malgré tout un point de vue, qui ne serait pas celui d'une norme transcendante, mais qui permettrait de juger qu'une législation pénale est bonne ou non, au sens le plus large et usuel de ce terme, c'est-à-dire désirable ou non?

Lorsqu'on parle d'une «mauvaise loi», on ne veut pas dire qu'il existe un unique critère permettant de la déclarer mauvaise absolument, ou mauvaise en tant qu'elle serait l'expression univoque d'une mauvaise législation ou d'un mauvais système¹⁰⁷: divers éléments d'appréciation servent au contraire de matière au jugement. On utilise une pluralité de critères également légitimes, mais non commensurables, dont la mesure et l'unité ne proviennent que de la forme même de la délibération, dans un temps et un espace démocratiques¹⁰⁸. Il y a un lieu et un moment où tout ce qui rapproche une diversité de personnes est *ce lieu et ce moment*, fusse une salle des pas perdus, et pourtant il s'agit *bien* d'un point commun: on ne fait pas les cent pas dans une pièce vide comme au milieu d'autres personnes¹⁰⁹. De la même façon, une logique pénale ne se développera pas sans tenir compte d'interprétations ou de soucis également légitimes, et parfois concurrents.

103 KANT, *Métaphysique des mœurs*, II, *Doctrine du droit*, §49: «La loi pénale est un impératif catégorique. [...] Une peine, personne ne la subit parce qu'il l'a voulue, mais parce qu'il a voulu une *action punissable*.» Si en effet l'acte n'est punissable qu'en vertu de la loi positive, on ne voit pas ce que cette remarque apporte à l'argumentation kantienne: une chose est de dire que *punir* est un devoir, autre chose de dire que *telle* peine doit être infligée.

104 Wittgenstein demande: «Quel est le critère de vérité quand on dit que j'aurais pu faire quelque chose d'autre, ou choisi autrement?» (*Leçons sur la liberté de la volonté*, *op. cit.*, p. 41). Le philosophe admet en revanche que «le tribunal nous donne une certaine idée de ce que nous appelons libre, responsable» (p. 33), et c'est pourquoi il peut paraître absurde d'imputer une culpabilité sans responsabilité, par anticipation de délits non commis.

105 Ce qui n'empêche pas une parenté: «Les problèmes juridiques et moraux ne sont pas du tout les mêmes, mais ils ont une affinité certaine les uns avec les autres, parce qu'ils présupposent tous le pouvoir de juger», écrit ainsi Arendt (*Responsabilité et jugement*, Paris, Payot, 2009, p. 53).

106 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XX, *op. cit.*, p. 331.

107 Contrairement à ce qu'affirme Aristote, qui pèche une fois n'est pas coutume par excès de rationalisme: «Nécessairement les lois sont bonnes ou mauvaises, justes ou injustes, en même temps et de la même façon que les constitutions elles-mêmes» (*Politique* III, 11, Paris, Vrin, 1995, p. 221).

108 Cf. P. AUBENQUE, *La Prudence chez Aristote*, *op. cit.*, pp. 116-117.

109 Je prolonge une remarque du *Cahier brun*: «Quand nous disons que deux personnes évoluent dans des cercles différents, cela ne veut pas dire qu'elles ne puissent se promener dans des quartiers identiques» (L. WITTGENSTEIN, *Le Cahier bleu et le Cahier brun*, Paris, Gallimard, «Tel», 1996, p. 244).

En d'autres termes, la rationalité propre au politique «se conçoit comme une force de structuration et de régulation des activités humaines, et non comme une instance fondatrice»¹¹⁰, qui doit ouvrir et non prétendre clore les problèmes auxquels nous sommes confrontés collectivement, dans leur hétérogénéité même.

Entre le fait de considérer une action comme non souhaitable, la pertinence qu'il y a à la déclarer illicite et le caractère plus ou moins judicieux de la peine prévue, il n'existe donc pas de mesure fixe ni de transition nécessaire. Inversement, on pourra contester une peine parce qu'elle est inique, inefficace, absurde ou encore mauvaise pour la société qui l'infligerait, et dans ce cas on jugera selon le *juste*, selon le *fait*, selon le *vrai* ou encore selon le *bien*. En fait, il y a toujours des raisons plus ou moins valables de critiquer une disposition pénale; mais c'est sans doute quand il n'existe qu'une *seule* (quoique apparemment bonne) raison de la défendre, qu'il convient d'être le plus circonspect. Il ne suffit pas, par exemple, de décrier une loi au seul motif qu'elle est «de circonstance» (car à ce jeu toutes le seront); mais on peut le faire si c'est là manifestement sa seule raison d'être¹¹¹, et que le législateur semble avoir négligé d'autres fins tout aussi légitimes et importantes: son caractère dissuasif, efficace, sa cohérence ou sa non-redondance avec l'arsenal législatif déjà existant, son caractère moralement souhaitable, ou encore sa contribution à une société apaisée. L'équilibre entre ces différentes fins devrait sans doute être un souci constant: insister de façon trop exclusive sur la fonction de pacification sociale de la loi, c'est s'exposer à l'ironique objection de Rousseau, «on vit tranquille

aussi dans les cachots», dont les résonances à l'ère de la «vidéo-protection» et de la «rétention de sûreté» sont manifestes.

Ainsi, s'il est sans doute impossible de *définir* la peine (en général) par son *but*¹¹², il est en revanche nécessaire de se demander, lorsqu'on délibère sur une disposition pénale, quelles *fins* on entend viser et quel *sens* on compte lui donner: car nulle norme ne s'impose à la manière d'un «c'est ainsi»; nulle ne se justifie comme on se contente de *décrire* une réaction ou un réflexe. Si je me mets soudain et brutalement en colère, et qu'un témoin de ma fureur me demande *pourquoi*, je ne pourrai répondre que par un *à cause de* et pas par un *en vue de*: je me suis mis en colère *parce que* j'ai été odieusement provoqué, mais de ce que je compte faire de cette colère, je n'ai pas la plus petite idée. L'absence de fins visées suffit à montrer le caractère non seulement inutile mais irrationnel et certainement immoral de ma conduite: c'est une réaction qui intervient «dans l'ignorance», comme le dit Aristote¹¹³. De la même façon, invoquer la seule menace terroriste ne peut en aucun cas justifier à elle seule telle ou telle disposition pénale, ce qui reviendrait de la part du législateur à invoquer un *à cause de*, qui signifierait au mieux une absence de «maîtrise de soi»¹¹⁴, au pire le cynisme du «*c'est eux ou nous*».

Le sens de l'hostilité est divers, tout comme les dispositions légales qui la prennent pour objet. On ne peut donc laisser dans l'ombre la responsabilité et la faillibilité de celui qui juge: *responsabilité* du corps social qui définit ce qu'il juge être hors des limites de l'acceptable; *faillibilité* aussi de celui qui juge, si on considère que le plus grand risque est de frapper l'innocent, et non de laisser échapper le coupable. Ajoutons une certaine

110 M. CANTO-SPERBER, «Les limites de la rationalité», in V. DESCOMBES, *Philosophie du jugement politique*, op. cit., p. 74.

111 J.-F. DREUILLE écrit que «le législateur français place la dangerosité au cœur de la rétention de sûreté afin de justifier une mesure pénale qui, *avant toute autre considération*, présente un objectif de neutralisation» (article cité, p. 158; je souligne). On pourrait même dire: *à l'exclusion de toute autre considération*.

112 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 118.

113 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, III, 2, 1110b 25-30, trad. Tricot, Paris, Vrin, 1997, p. 123.

114 Au sens qu'indique Spinoza dans le *Traité politique* (notamment au chap. VI, §8).



solidarité (et non une dépendance logique) entre un système pénal et un horizon politique que nous visons en commun, et qui intéresse nécessairement tout un chacun dans un cadre démocratique. «Il paraît impossible de soutenir sérieusement que la question première de la philosophie du droit est celle de la validité des lois. Manifestement, nous devons poser au préalable une question plus radicale, qui est celle de savoir dans quel cas et dans quel but il y a lieu de légiférer», écrit ainsi Descombes¹¹⁵. La réponse à cette question ne peut être que l'œuvre, toujours provisoire, d'une communauté démocratique qui assoit sa légitimité sur un souci de vérité et de justice¹¹⁶ plutôt que sur son seul *conatus* entendu à la mode hobbesienne, face à un monde réputé hostile.

**Synthèse pascalienne: «Pourquoi me tuez-vous?»
L'ennemi, l'étranger, l'outsider.**

La formule citée en épigraphe contient autant de vérité que d'approximation – «*opinion saine et vaine*», pour reprendre les mots de Pascal:

Pourquoi me tuez-vous? – Et quoi! Ne demeurez-vous pas de l'autre côté de l'eau? Mon ami, si vous demeuriez de ce côté je serais un assassin, et cela serait injuste de vous tuer de la sorte. Mais puisque vous demeurez de l'autre côté je suis un brave et cela est juste.¹¹⁷

Se peut-il rien de plus plaisant qu'un homme ait droit de me tuer parce qu'il demeure au-delà de

l'eau et que son prince a querelle contre le mien, quoique je n'en aie aucune avec lui?¹¹⁸

Le premier fragment possède une indéniable vérité de ton: par l'emploi de ce paradoxal «mon ami», d'une ironie bienveillante, il écrase la différence entre *l'étranger* et *l'ennemi* et révèle tout l'arbitraire des rôles (l'ami, le concitoyen, le Prince, l'étranger ou l'ennemi) qui se résument à différentes mises en scène de la force. Le second met plus nettement encore en évidence, avant Rousseau ou Schmitt, la rupture entre guerre et querelle privée, entre tuer et haïr¹¹⁹. Mais l'originalité de Pascal est surtout de retravailler et de resituer sur le plan du

118 *Ibid.*, Lafuma 60.

119 Cf. C. SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p. 67; *Théorie du partisan*, op. cit., p. 302. C. DIAMOND, «Le soldat nu», in *L'Importance d'être humain*, Paris, Puf, 2011, pp. 99-101. Toutefois affirmer que l'acte d'hostilité n'implique pas analytiquement un sentiment de haine relève me semble-t-il de la distinction de raison, dont les motivations ne sont pas claires: comme le fait remarquer Pascal, *l'extérieur et l'intérieur* se rejoignent toujours, comme dans la prière (Lafuma 944), parce que la «machine ploie» (Lafuma 25), de sorte qu'on voit mal comment celui qui entre en guerre, fût-il inspiré par les idéaux les plus nobles, pourrait la mener sans haïr ceux du camp d'en face. Combattre *s'accompagne* nécessairement de haine, ce qui peut être considéré comme un motif suffisant pour refuser la guerre: Russell souligne que «recourir à la force pour imposer sa volonté à autrui engendre un état d'esprit brutal et tyrannique [et] détruit la paix intérieure davantage que n'importe quelle infortune infligée de l'extérieur» (*Le pacifisme et la révolution*, op. cit., pp. 64-65). Mais c'est surtout une question d'intentionnalité: pour reprendre l'exemple d'Orwell que cite C. DIAMOND, *on ne tire pas* sur une idée, ni sur *le fascisme*, mais sur *un fasciste*, à l'égard duquel nous avons un évident motif de haine si nous considérons que le fascisme est une idéologie haïssable; et celle-ci n'est réellement *haïssable* en un sens moral (et non seulement *absurde* en un sens logique) qu'à travers la personne de celui ou de ceux dont le cœur nous paraît assez mauvais pour l'embrasser. Celui qui pense que la guerre est un droit doit pouvoir montrer que la haine, et non seulement la colère ou l'indignation, en est un, ou bien que la haine est le prix à payer pour l'exercer.

115 V. DESCOMBES, *Le raisonnement de l'ours*, Paris, Seuil, 2007, p. 317. Mes remerciements à L. Chapis pour avoir attiré mon attention sur ce texte de Descombes lors de ces journées d'étude.

116 Cf. P. ENGEL, «La vérité peut-elle survivre à la démocratie?», in *Rationalité, vérité et démocratie*, revue Agone, n°44, 2010, p. 51.

117 PASCAL, *Pensées*, Lafuma 51 (cité dans l'édition Le Guern, qui omet les passages raturés).



discours les célèbres métaphores montaigniennes¹²⁰, qui soulignent l'arbitraire des délimitations géographiques et politiques entre le juste et l'injuste. Le régime de la politique concrète, dont la « reine » est l'opinion et le « tyran » la « pure force »¹²¹, n'est-il pas celui d'une controverse permanente sur ce qu'il est juste d'accomplir, d'accorder ou d'interdire? « Pourquoi me tuez-vous? »: il n'y a rien d'autre à répondre que: *parce que j'en ai le droit* (et implicitement *parce que j'en ai reçu l'ordre*). Or il y a une différence entre *avoir le droit* et *avoir une raison* d'entreprendre une action quelconque: c'est ce point que Pascal laisse délibérément dans l'ombre, pour rendre plus éclatante la « plaisanterie » qu'il y a à prendre pour seule mesure de ce qui est légitime, la force et l'arbitraire du prince¹²².

Ces fragments ne constituent pas la transcription d'un débat doctrinal (rien de plus étranger aux *Pensées* que le modèle du dialogue platonicien), mais la mise en évidence du *credo* pascalien: en politique, il n'y a rien à discuter, car « la force est sans dispute »¹²³. Le fragment 51 subvertit une forme syllogistique élémentaire dont la majeure apparaît dans toute sa crudité: tout homme a le *droit* de tuer un homme sous certaines conditions purement conventionnelles qui séparent le concitoyen de l'étranger, et sous d'autres conditions purement subjectives qui distinguent l'étranger indifférent de l'ennemi¹²⁴. Considérons les deux propositions « je suis un brave » et « cela est juste », et demandons-nous quelle est la valeur de ce « *et* » qui les relie. Il ne s'agit pas de deux

conséquences coïncidentes, ni de deux façons différentes de parler du même acte hostile: Pascal veut-il tout simplement distinguer la loi générale de son application dans un jugement particulier? Mais on s'attendrait alors à lire: « cela [ce genre d'acte] est juste (ou injuste) » et *par conséquent* « je suis un brave (ou un assassin) ». Tout se résout en fait dans le pouvoir de désigner et de nommer: ce qui importe est que « si vous demeuriez de ce côté », vous auriez le droit de *crier à l'injustice* en *m'appelant* à bon droit « assassin ». Celui qui prend la parole ne s'attribue pas la *vertu* de courage: il affirme son droit en désignant une frontière et en dessinant deux camps: « je suis *un* brave » (l'adjectif est substantivé); le droit est de mon côté et je n'hésite pas à le faire valoir¹²⁵; on me compte parmi ceux qu'on *nomme* « braves », et peu importe que tuer en temps de guerre n'ait rien de nécessairement valeureux.

Grâce au sens aigu de la mise en scène de Pascal, nous touchons de nouveau au point fondamental: il faut davantage qu'un droit, que le caprice d'un prince, que la raison d'État ou la pression d'une opinion publique, pour pouvoir raisonnablement prétendre désigner et traiter quelqu'un en ennemi. Si on ne se résout pas, comme Pascal, à l'arbitraire de la force et des dénominations, on a besoin de raisons qui puissent être énoncées et débattues. La justice n'est pas qu'une « fantaisie » des hommes et de la géographie qui sert d'habit à la force¹²⁶: admettons au contraire que la loi, lorsqu'elle ne statue pas sur des matières indifférentes et de pure convention (comme de rouler à droite plutôt qu'à gauche de la chaussée), constitue bien une *connaissance* des conduites auxquelles elle s'applique. Encore une fois, l'interdiction de l'alcool au volant n'est pas indépendante de la connaissance que

120 Cf. MONTAIGNE, *Essais* L. II, chap. 12.

121 PASCAL, *Pensées*, Lafuma 665 et 828.

122 *Ibid.*, Lafuma 59 et 86.

123 *Ibid.*, Lafuma 103.

124 *Ibid.*, Lafuma 59: « Quand il est question de juger si on doit faire la guerre et tuer tant d'hommes, condamner tant d'Espagnols à la mort, c'est un homme seul qui en juge, et encore intéressé: ce devrait être un tiers indifférent » (hypothèse délibérément contrefactuelle).

125 Cf. *Pensées*, Lafuma 95 et 427: « être brave » a aussi le sens de « faire le brave » (d'où le terme encore en usage de « bravade »), c'est-à-dire de faire étalage de sa force ou de son rang. « Être brave, c'est montrer sa force », écrit ainsi Pascal.

126 *Ibid.*, Lafuma 60 et 767.



nous avons des effets de l'ivresse, cette connaissance étant diverse, aussi bien empirique, statistique que physiologique; chacun sait, même si ce n'est pas au même sens du mot «savoir», que ce comportement est dangereux. Une loi qui prescrit est en ce sens également une description, de la même façon que les prescriptions du médecin expriment en creux l'affection dont souffre le patient. Voilà qui suffit à montrer les faiblesses d'un positivisme étroit: une législation n'est pas une simple règle du jeu, qui ne *décrit* ni ne *régule* rien du tout (puisque les pièces du jeu d'échec ne préexistent pas à la description de leurs mouvements), et ne subsiste que par sa cohérence interne.

Si comme le soutient Arendt la politique est de l'ordre de l'action, le problème n'est plus, ou n'a jamais été, de fonder l'autorité au sens de lui délier définitivement les mains, de la soustraire à toute espèce de norme extrinsèque (ce qui selon Kelsen est impossible car contradictoire¹²⁷), mais au contraire de la renvoyer en permanence à la responsabilité de ses jugements et de ses décisions. Le criminel ne l'est pas parce qu'il l'a choisi, pas plus qu'il n'a autorité pour se proclamer innocent, mais parce que dans un passé proche ou lointain un acte de contrainte a été attaché à une action qu'il se trouve avoir commise¹²⁸; cette décision est de la responsabilité du législateur et de tout le corps social. Cela implique aussi de se méfier de la raison d'État et réfléchir tout autant aux limites posées à la soumission exigible de l'individu, qu'à celles de sa liberté, qui comme le rappelle Spinoza, ne sera jamais sans risque¹²⁹. Si en effet une restriction des libertés peut certainement se défendre au nom d'un impératif de sécurité, celle-ci doit être publiquement explicitée et débattue, plutôt que dissimulée derrière le raisonnement hypocrite que dénonçait Isaiah Berlin

(«Vous comprendrez plus tard les raisons de mon action présente»¹³⁰), et qui en l'espèce revient à soutenir les «valeurs de la démocratie» pour ainsi dire au deuxième degré: mais «un sacrifice n'augmente pas ce qui est sacrifié, en l'occurrence la liberté», souligne Berlin¹³¹; les métaphysiciens ne sont pas toujours ceux qu'on croit.

Avec la notion de «droit pénal de l'ennemi», Jakobs a fourni un cadre dont il revient aux spécialistes de discuter les contours. Nous nous demandions plus haut si un même «esprit» avait inspiré la rétention de sûreté, les lois antiterroristes restreignant les conditions de circulation des citoyens, ou le durcissement de la justice des mineurs. Il reste tentant en effet de dire que ce qui forme l'unité de ce «droit pénal de l'ennemi» et du lexique de la «dangerosité» qui l'accompagne, c'est ce qu'ils visent en esprit, c'est-à-dire un en-dehors vague, paradoxe d'une société ouverte – un en-dehors des *formes* admises des modes de vie, des mœurs sexuelles, de la pratique de la foi, ou des moyens de la contestation politique: en-dehors géographique ou culturel sous la figure du terroriste; en-dehors des pratiques sexuelles «entre adultes consentants» dans une société par ailleurs marquée par un hédonisme et une obscénité qu'on peut sans pudibonderie déplorer; en-dehors du consensus de l'économie de marché sous la figure des altermondialistes, de «l'ultra-gauche»¹³² ou des activistes écologistes; en-dehors des formes de la contestation *courtoise* qui s'exprime dans la langue légitime et largement impuissante de ces lignes¹³³, avec cette interrogation insidieuse: pourquoi manifester bruyamment et violemment alors que nous bénéficions,

127 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 344.

128 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, IV, §27, *op. cit.*, p. 120.

129 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, XX, *op. cit.*, p. 331.

130 I. BERLIN, «Les deux conceptions de la liberté», in *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1988, p. 197.

131 *Ibid.*, p. 174.

132 Chacun garde ainsi en mémoire la calamiteuse affaire du «groupe de Tarnac» (*Le Monde* daté du 27 février 2012).

133 Cf. P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, «Points», 2003, *notamment* pp. 77 *sqq.*



privège rare et envié, d'une confortable liberté d'expression? En réalité, sans même avoir besoin de recourir à cette notion bien vague « d'esprit », on peut admettre qu'effectivement, pour différentes qu'elles soient, ces dispositions ont été adoptées pour le même ensemble de raisons: une boussole n'est pas une casquette, mais c'est pour le même genre de raison, par exemple pour partir en balade ou en randonnée, que je me munis de l'une et de l'autre. Et pourtant, rien dans le fait de partir en balade ne me contraint absolument ni à l'une ni à l'autre. L'imprévoyance de celui qui partirait pour l'Everest en costume de bain apparaîtrait certes d'elle-même, mais il ne faut pas oublier le ridicule bien moins rare de celui qui sort tout harnaché pour effectuer sa modeste balade dominicale. Si nous voulons une image des différentes législations pénales dans leur unité et leur diversité, considérons des promeneurs partant en randonnée, et nous aurons une assez bonne idée du genre d'opération qui nous fait juger de leur « équipage », pour reprendre un mot de Pascal¹³⁴. Nous démasquerons ainsi bien des législations fardées et boursoufflées, des « reines de village »¹³⁵ ridicules et inutilement voyantes.

Le propos n'est pas nouveau, et la philosophie ne nous enseigne probablement rien de plus sur ce point que nous ne sachions déjà. Mais après avoir examiné cette question à la fois *difficile* et *élémentaire* qu'est la distinction entre l'ennemi et le criminel, nous pourrions je l'espère dire avec Descombes que « nous ne sommes nullement déçus, car ce que nous cherchions n'était pas vraiment cette réponse (nous la connaissions déjà), mais un moyen de l'accepter comme la bonne réponse. »¹³⁶ Ce que nous savions déjà, c'est qu'il est indu, irrationnel et dangereux d'étendre imprudemment la catégorie d'ennemi dans

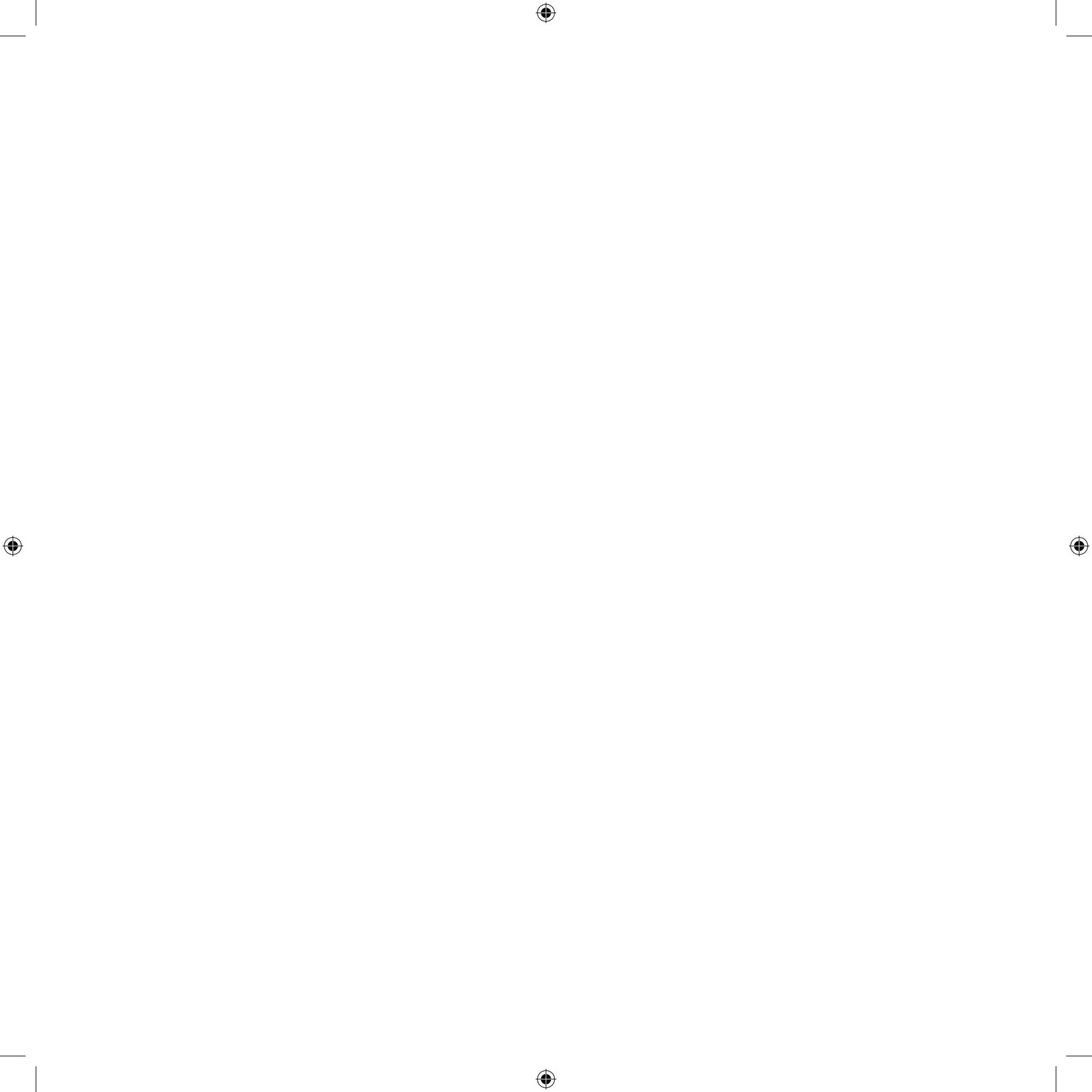
le but de complaire à une opinion publique devenue frileuse et jalouse de sa tranquillité. S'il n'existe pas de fil d'Ariane dans les labyrinthes de l'hostilité, peut-être pouvons-nous alors, au moins, nous garder d'élever sans cesse de nouveaux murs imaginaires qui, plutôt que de nous protéger contre d'invisibles menaces, enferment toujours un peu plus notre intelligence. D'une guerre l'autre, Bertrand Russell nous interpellait déjà, il y a un siècle tout juste, en des temps plus durs: « Nous craignons l'ennemi étranger, qui tue les corps, davantage que nous ne craignons l'ennemi en nous, qui tue les âmes. L'âme d'une nation, si elle est une âme libre, sans servilité ni tyrannie, ne peut pas être tuée par un ennemi extérieur, quel qu'il soit »¹³⁷.

134 *Pensées*, Lafuma 586.

135 *Ibidem*.

136 V. DESCOMBES, *Le complément du sujet*, Paris, Gallimard, 2004, p. 12.

137 B. RUSSELL, « La guerre et la non-résistance », *Le pacifisme et la révolution*, *op. cit.*, p. 76.



HOSTILITÉ ET SOUVERAINETÉ : ENTRE POLITIQUE ET DROIT

LAURENT CHAPUIS*

CENTRE INTERNATIONAL DE PHILOSOPHIE POLITIQUE APPLIQUÉE (PARIS-SORBONNE)

« [...] Ce n'est pas à vous que j'ap-
prendrai que toute justice, dans son
principe comme dans son exécu-
tion, n'appartient qu'à l'État ».

C. de Gaulle à J.-P. Sartre, à propos du
refus de l'État français d'accueillir une
session du tribunal Russell, *Le Monde*,
25 avril 1967.

Introduction

Ainsi le pouvoir s'adresse-t-il au philosophe qui conteste le monopole du juste au sens légal à déterminer ce qui est absolument juste, ou injuste.

Le concept d'hostilité est lié au concept de l'État. D'abord, à l'État défini comme pouvoir exécutif, et à la pratique de ce pouvoir exécutif : producteur de normes juridiques (décrets, règlements, application des lois) définissant ou refusant de définir un ennemi intérieur ; ensuite comme sujet de droit international (quant à la définition de la politique de défense et d'un éventuel ennemi extérieur) ; enfin comme acteur, contesté ou incontesté, des relations internationales (anticipant, organisant, évitant ou résolvant des situations d'agression). Le droit pénal de l'ennemi porte donc sur un objet à dimension politique,

et pas purement juridique : il mobilise une théorie des actes de gouvernement. Le problème auquel nous nous attachons par suite quant au droit pénal de l'ennemi est le suivant : l'hostilité est-elle une catégorie plus politique que juridique ? Est-elle une catégorie qui ne serait pas prépolitique, mais sans doute préjuridique ?

L'objectif principal de cette contribution est d'examiner l'hypothèse que notre pensée de l'ennemi est tributaire de la forme des pouvoirs politiques, et que le droit pénal de l'ennemi n'émerge qu'à la faveur de certaines tensions sur l'étatité, et sur la souveraineté. Par « pouvoirs politiques », nous désignons les pouvoirs politiques tels qu'ils sont définis par la théorie juridico-institutionnelle des pouvoirs, et dont le droit constitutionnel et le droit international public sont les fondements. La période contemporaine (1945-2014) est porteuse de profondes transformations des conceptions des pouvoirs politiques et des institutions de pouvoir : affirmation et intégration d'une « communauté internationale », développements des mondialisations, économiques et communicationnelles, émergence de formes plurielles de supranationalités, contestation des acteurs étatiques comme uniques sujets du droit international.

Ne devons-nous pas examiner les éventuelles modifications du concept d'hostilité, subséquentes de ces phénomènes politiques et juridiques ? Schématiquement, à une forme stato-nationale ou classique des pouvoirs

* Centre International de Philosophie Politique Appliquée (Paris-Sorbonne) laurent.chapuis@paris-sorbonne.fr.

politiques correspond un ennemi défini par le droit national : mais quel concept d'ennemi correspond aux formes contemporaines des pouvoirs politiques ? Notre conception de l'hostilité, de ce point de vue, ne peut qu'évoluer relativement au point de vue politique adopté, en plus d'évolué, comme le précise Sartre selon une vision matérialiste « en même temps que les infrastructures de la société »¹.

À une acception juridique de l'ennemi centrée sur les États, ne faut-il pas désormais intégrer les acceptions juridiques de l'ennemi des organisations supranationales et/ou internationales, et des faits collectifs mondiaux ? Les relations internationales fournissent ainsi plusieurs arguments qui plaident pour une déconnexion partielle des concepts de politique et de droit dans l'analyse du concept d'hostilité : celui-ci ne serait pas purement et simplement juridique, et sa dimension éthique serait séparée entre politique et droit. Ainsi, nous pouvons noter qu'une communauté internationale d'États totalement intégrée juridiquement ne saurait comprendre d'États ennemis : l'ennemi n'aurait plus de sens juridique dans ce cas. L'ennemi, sous cette hypothèse, ne pourrait plus prendre la forme de l'État dans la guerre inter-étatique, qui est pourtant celle du sujet de droit international. L'ennemi ne pourrait plus qu'être infra-étatique : il serait identifié comme relevant d'organisations privées ou d'individus, ou d'organisations politiques non souveraines.

Les institutions politiques de pouvoir, dans un état de droit comme ailleurs, si elles sont définies par le droit, ne se limitent pas à leur définition juridique. Cette remarque accroît la visibilité de la déconnexion entre les faits politiques et le droit. Il en va ainsi, par exemple, des pratiques illégales des pouvoirs, des rationalités stratégiques de conquête, de déstabilisation,

d'influence et d'exercice des pouvoirs politiques, ou encore des transitions entre régimes et entre formes de souveraineté. Ces exemples convergent vers l'application au concept d'ennemi de la distinction politique *de facto - de jure*. Distinction politique, car si elle était juridique, elle se résorberait dans le *de jure*. Cette déconnexion à pour conséquence, entre autres, de faire apparaître le concept d'État comme personnalité conventionnelle et contingente. Si sa personnalité est conventionnelle, elle est juridique ; mais si elle subsiste à des modifications de la souveraineté, elle est pré-juridique. Par suite, si le « droit pénal de l'ennemi » peut être introduit et légitimé par les topiques des nouveaux conflits, il est plus fécond de le considérer non à travers ces conflits eux-mêmes, mais à travers les faits de souveraineté auxquels il est lié et dont il émerge.

Nous proposerons que le concept d'hostilité soit défini de manière politique et pas seulement juridique ; de manière pratique et non théorique. S'il est dangereux de le déterminer théoriquement, il l'est aussi de ne pas le déterminer du tout, ou de le réduire à son acception juridique. L'ennemi est un concept pratique qui structure l'histoire de la philosophie politique : il n'émerge ni avec Carl Schmitt, ni avec Günther Jakobs, mais la thèse présentée ici est qu'il émerge précisément de l'irréductibilité du politique au juridique. Le droit peut être un moyen de la politique, la force aussi, parmi d'autres : en relations internationales, les rapports de forces s'exerçant dans les manifestations de la souveraineté politique en sont une origine logique. Ce que l'on nomme « pensée classique » en philosophie politique, concernant le concept d'ennemi, est l'hypothèse de la réductibilité de la politique au juridique. Or cette réduction, si elle est *de jure* souhaitable, semble néanmoins *de facto* difficile.

¹ Jean-Paul SARTRE, *Situations VIII, Autour de 68*, Paris, France, Gallimard, 1972, 478 p., p. 101.

1. L'ennemi est fonction de la forme de la souveraineté des pouvoirs politiques

1.1. L'hostilité est un concept-limite du droit.

L'ennemi est-il défini par le droit? La réponse est l'objet d'une alternative.

Elle est positive pour les rationalités éthiques de type déontologique², par exemple dans les philosophies politiques de Spinoza et de Kant, qui adoptent sur l'hostilité un point de vue de droit interne et constitutionnel. Dans ce point de vue, classique, le concept d'hostilité présuppose les concepts de droit et d'État. Spinoza écrit ainsi que «*l'ennemi est celui qui vit en dehors de l'État et n'en reconnaît point l'autorité, ni comme sujet, ni comme allié; car ce n'est pas la haine qui fait un ennemi de l'État, mais c'est le droit, le droit de l'État*»³. Dans la même perspective, Kant, dans *Vers la paix perpétuelle*, écrit que l'«*on admet communément que chacun n'a le droit de traiter l'autre en ennemi que dans le cas où il m'a déjà lésé de fait et cela est tout à fait exact, si tous les deux sont dans un état civique-légal*»⁴. Le droit, relatif à une constitution civique quelconque, est présupposé par l'hostilité dans une pensée classique. Si l'on trouve chez Kant une distinction entre deux types d'hostilité: une hostilité régulière, douée de confiance, et une hostilité sans confiance tournant à la «*guerre d'extermination*»⁵, c'est parce que Kant ménage une place pour une forme non juridique d'hostilité. Spinoza

et Kant s'inscrivent dans une conception juridique du pouvoir, avec l'État comme forme du droit et de la pensée politique. De telle sorte qu'un droit pénal de l'ennemi, du point de vue classique, apparaît comme une *contradictio in adjecto*: si le droit fait l'ennemi, et que l'ennemi ne reconnaît pas l'autorité du droit, l'ennemi ne peut pas être un sujet de droit. L'hostilité semble dès lors un concept-limite du point de vue juridique. D'où la difficulté à le penser en termes exclusivement juridiques. L'ennemi peut difficilement, mais ce n'est pas impossible, être conçu comme intérieur à l'État et reconnaissant son autorité. Son concept est à la fois juridique, puisque ce qui le définit est le droit, mais s'il est extérieur à l'État, comment le droit de l'État saurait lui être appliqué? C'est la capacité du droit à se projeter à l'extérieur de ses limites étatiques qui est ainsi consacrée.

La réponse à la question de savoir si l'ennemi est défini par le droit est négative pour la rationalité stratégique ou téléologique⁶, de type pré-juridique: ainsi Aristote, adoptant le point de vue du constituant, posant le Bien comme l'objectif de la constitution, fait préexister l'hostilité à la justice et au droit. Chez Aristote, l'hostilité est un concept pré-juridique, avant tout politique.

Y a-t-il contradiction entre ces deux points de vue? Toute la question est de savoir si la politique précède logiquement le droit. Il est courant mais sommaire de rattacher la paternité des catégories politiques d'ami et d'ennemi à C. Schmitt, voire, comme J. Habermas, de prêter à ce dernier «*l'ontologisation de la relation ami/ennemi*»⁷. Selon C. Schmitt, à la suite d'Aristote,

2 Nous nommons ainsi, à la suite de R. OGIER, dans *L'éthique aujourd'hui*, les rationalités qui se développent à partir d'un principe, pour l'appliquer ou en déduire des conséquences pratiques, indépendamment de toute considération de ses conséquences en tant que telles.

3 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XVI.

4 Immanuel KANT, *Vers la paix perpétuelle: et autres textes*, trad. Françoise Proust et Jean-François Poirier, Paris, France, Flammarion, 1991, 206 p., p. 85.

5 *Ibid.*, p. 80.

6 On nomme stratégique, par distinction avec les rationalités déontologiques et conséquentialistes, la rationalité dont la forme peut se rapporter à «*la fin justifie les moyens*»; on nomme téléologique la rationalité qui, déterminant un but jugé bon, évalue toute chose selon sa relation à ce but.

7 Jacques DERRIDA et Christian BOUCHINDHOMME, *Le «concept» du 11 septembre dialogues à New York (octobre-décembre 2001) avec Giovanna Borradori*, Paris, Galilée, 2005, p. 72. Il semble

la politique précède le droit : l'hostilité est donc une catégorie politique, et pas juridique. Par où C. Schmitt apparaîtrait comme en rupture avec une tradition classique. C. Schmitt puise dans sa lecture d'Aristote la dualité conceptuelle ami/ennemi, comme l'indique de manière très claire la double référence à Aristote utilisée en exergue de la préface à *La notion de politique* (datée de mars 1963) et au premier paragraphe⁸.

Schmitt définit explicitement trois formes distinctes d'hostilité : l'hostilité conventionnelle, celle de la guerre inter-étatique ; l'hostilité réelle, qui est celle du partisan, et va « de terrorisme en contre-terrorisme, jusqu'à l'extermination »⁹ ; enfin l'hostilité absolue, « abîme de dégradation totale avant l'extermination absolue »¹⁰. L'hostilité ne se résume pas à sa forme conventionnelle ou juridique. Si le droit pénal de l'ennemi est une forme

qu'il faille comprendre, par « ontologisation de la relation ami/ennemi », le fait de tenir cette relation pour anthropologique, voire pré-politique. Cette interprétation de la position schmittienne nous semble incommode, comme nous tentons de le montrer en I/, D), puisque la relation ami/ennemi est seulement pré-juridique pour cet auteur, mais pas pré-politique. Considérer la relation ami/ennemi comme une catégorie politique et pré-juridique revient à affirmer l'existence aussi bien théorique qu'empirique d'intérêts particuliers qui s'opposent entre eux de manière antagoniste mais qui s'opposent aussi aux principes du droit international, ce dernier étant défini comme tentative de donner une forme juridique globale aux relations entre les sujets du droit international. Le terme d'« ontologisation » conviendrait beaucoup mieux au πόλεμος tel qu'il apparaît dans les *Fragments d'Héraclite*, par exemple au fragment 129 : « La guerre est le père de toutes choses, de toutes le roi ; et les uns, elle les porte à la lumière comme dieux, les autres comme hommes ; les uns, elle les fait esclaves, les autres, libres », voir HÉRACLITE D'ÉPHÈSE, traduction Marcel Conche, *Fragments*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, 496 pp., ici p. 441-443.

8 Carl SCHMITT et Julien FREUND, *La notion de politique*, trad. Marie-Louise Steinhauser, Paris, France, Flammarion, 1992, 323 p., p. 42.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*, p. 304.

d'hostilité « conventionnelle », elle est de ce point de vue préférable aux formes réelles ou absolues.

Ces distinctions sont étrangères à Aristote, puisque chez celui-ci l'hostilité est contraire à la politique¹¹. Celle-ci se fonde sur, et vise, l'amitié, antonyme de l'hostilité : « [...] l'œuvre de la politique consiste surtout, de l'avis général, à engendrer l'amitié ; aussi dit-on que la vertu est utile, car il est impossible à ceux qui sont injustes les uns envers les autres d'être amis entre eux [...] et qui voudra faire que les hommes ne se traitent pas avec injustice en fera les amis les uns des autres, car les vrais amis ne se traitent pas avec injustice. [...] c'est donc la même chose ou à très peu près que la justice et l'amitié »¹². Ce n'est pas explicite, mais il est clair que si l'amitié et la justice sont synonymes, c'est le cas aussi de l'hostilité et de l'injustice. Si chez Aristote, l'ennemi est conçu comme antagoniste de l'exercice de la justice¹³, alors l'hostilité est d'abord définie par une impossibilité de la justice car elle défait l'unité politique de la cité. Cette atteinte à l'unité peut revêtir des formes variées. Aristote utilise le concept d'hostilité de différentes façons dans l'*Éthique à Eudème* et dans *Les politiques* : d'abord par le substantif πολέμιος, qui signifie « ennemi de guerre ». L'ennemi, le πολέμιος, est celui qui, fait la guerre – πολέμειω. Il utilise en outre la notion de guerre, πόλεμος ; il utilise le verbe πολέμωω, signifiant « rendre hostile »¹⁴, car certaines constitutions produisent de l'hostilité, du point de vue interne. Enfin, le terme πολεμικός désigne l'art militaire de la guerre : il

11 Pour une vision plus large du concept d'ennemi chez Platon et Aristote, et bien que l'auteur n'intègre pas l'*Éthique à Eudème* dans ses références, voir Frédéric RAMEL, « Origine et finalité de la Cité idéale : la guerre dans la philosophie grecque », *Raisons politiques*, vol. 5 / 1, 2002, p. 109.

12 *Ibid.*, p. 150, 1234 b.

13 ARISTOTE, *Éthique à Eudème*, livre VII.

14 ARISTOTE, *Les politiques*, éd. Traduction Pierre Pellegrin, Paris, France, Flammarion, 1993, 575 p., ici III, 11, §7, p. 242.

est utilisé pour caractériser l'éducation des fils de rois¹⁵, la vertu de la masse ou encore la condition du citoyen en république. Le livre VII de *L'éthique à Eudème* est entièrement consacré à l'étude de l'amitié. Il propose une définition de l'ennemi, qui inclut le fait que l'ennemi puisse être aussi bien intérieur qu'extérieur à l'État. Il définit négativement l'ennemi, et indique que le champ lexical du conflit guerrier ne suffit pas à le caractériser. Il le définit comme le contraire de l'ami¹⁶, en posant leur relation par analogie de la relation du semblable et du contraire: l'ennemi est à l'ami ce que le contraire et au semblable, c'est-à-dire un antagoniste, avec ce que le terme grec *d'αγωμία* implique de lutte¹⁷. L'injustice peut être pensée non seulement comme absence de droit mais surtout comme absence de communauté politique, et plus exactement comme le contraire des résolutions *amiable* et *judiciaire* du conflit, c'est-à-dire comme résolution *violente*. La forme judiciaire est chez Aristote une composante de la résolution amiable, comme le juste légal est une composante du juste absolu, non l'inverse¹⁸. L'hostilité se fonde donc chez Aristote sur un socle, étroit mais réel, de valeurs morales (les valeurs alimentant l'unité politique), dans la cohérence de ce que l'on peut nommer une éthique des vertus, de type téléologique.

En outre, dans l'*Éthique à Eudème*, l'ennemi peut aussi être désigné par le terme *ἐχθρός* au sens actif de « *qui hait, qui est l'ennemi de* », mais ce terme peut désigner l'homme en tant qu'il est ennemi de lui-même¹⁹, et il

ne renvoie donc pas à un concept politique et pratique de l'ennemi ou de l'hostilité.

Remarquons enfin que l'ennemi n'est pas défini, dans les textes d'Aristote, par sa nationalité ou son étrangeté, son ethnie, ni même par son désaccord: mais par l'injustice qu'il génère, et par l'absence de ce fondement éthique qui permet la résolution du conflit par la justice. Chez Aristote, l'ennemi peut être intérieur²⁰: *πολεμίων* désigne les hommes « *privés des honneurs public et misérables* », ne participant pas aux fonctions délibératives et judiciaires. Cette misère citoyenne génère de l'hostilité interne. L'hostilité, pour Aristote, n'est donc pas une catégorie juridique fondée sur une communauté historique ou de territoire: mais sur une capacité à la justice. Elle est une catégorie politique préjuridique.

En ce sens, il apparaît que lorsque C. Schmitt ramène le politique, dans La notion de politique, à la discrimination entre l'ami et l'ennemi, il s'inscrit beaucoup plus, de manière contre-intuitive, dans une forme de pensée antique de type aristotélien que dans une forme de pensée classique. Il n'y a pas, selon ces analyses, de changement de paradigme politique de la part de C. Schmitt: il n'abolit pas, en se référant à Aristote, la relation entre la politique, le droit et la morale. La question d'un droit pénal de l'ennemi n'inaugure ni ne découvre celle de l'hostilité: elle la reformule.

1.2. Ce concept-limite se révèle particulièrement dans les tensions contemporaines sur les États-Nations et sur la souveraineté du point de vue des relations internationales

Pourquoi la question de l'hostilité se repose-t-elle et se reformule-t-elle? L'émergence de la question d'un droit pénal de l'ennemi révèle paradoxalement que le droit ne permet pas toujours de résoudre un conflit ou une injustice. Elle révèle en outre que la conception

15 *Ibid.*, p. 217, 1277-a.

16 ARISTOTE, *Éthique à Eudème*, VII, p. 150, 1235 a: « *Αἱ μὲν γὰρ τὸ ὁμοιον φίλον, τὸ δ' ἐναντίον πολεμίων [...]* ».

17 Cette idée a notamment été reprise par Raymond ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, France, Calmann-Lévy, 2004, 794 p., p. 173: « *l'essence dialectique de la politique, la loi de l'antagonisme* ».

18 Nous soulignons cette antériorité logique de l'amiable sur le judiciaire chez Aristote, car elle éclaire l'antériorité logique de la relation ami/ennemi sur le juridique chez C. Schmitt.

19 ARISTOTE, *op. cit.*, VII, 1240 a.

20 ARISTOTE, *op. cit.*, p. 242, 1281 b §7.

exclusivement juridique des pouvoirs politiques est malmenée, et plus exactement la réduction de l'État-Nation et de la souveraineté à leur seul cadre juridique. La question consiste à savoir s'il convient de penser la politique et le droit comme des ensembles identiques, ou si la politique ne contient pas, en plus du droit, du non-droit – quelques réalités désignées par là, échappant à l'empire du droit : la force, le risque, la catastrophe, le contexte stratégique²¹. Ainsi, sous cette hypothèse, le droit pénal de l'ennemi semblerait paradoxalement plutôt témoigner d'un effort d'extension de l'empire du droit au sein des activités politiques.

Plusieurs tensions – c'est ainsi que nous nommerons le faisceau convergent d'indices qui met à l'épreuve, dans l'histoire, la souveraineté des États – sur le concept d'État-Nation et la théorie générale de l'État peuvent être présentées pour la période actuelle. Le développement de la supranationalité, comme transfert volontaire de souveraineté ; les conflits asymétriques, définis par le fait que l'un au moins des acteurs du conflit n'est pas un État ; les abandons, les fragmentations et les échecs de souveraineté ; tous ces faits constituent autant d'indices d'une rémanence possible, au moins pratique, du concept d'hostilité. Les évolutions contemporaines des relations internationales permettent d'envisager d'autres tensions sur les États-Nations : le devoir de protéger, l'ingérence, la *state keeping* et la *state building*²², voire même la notion de *soft power*, ou encore les nouvelles topologies de la

mondialisation, que celles-ci soient économiques ou communicationnelles.

Ce contexte de mise en tension du concept d'État-Nation comme forme exclusive de notre pensée politique nous contraint d'intégrer ces tensions, et plus spécifiquement encore les deux questions que sont les asymétries de pouvoirs et celle des formes de supranationalité – que l'on désigne par là le Conseil de sécurité des Nations-Unies, le droit international classique ou le statut de Rome – à la discussion d'un éventuel droit pénal de l'ennemi. Si le droit pénal de l'ennemi est un droit national, le concept d'hostilité, comme concept-limite du droit, nous conduit à en étudier les figures les plus irrégulières, notamment ses formes internationalisées. Or le droit international est un droit dont les sujets principaux sont les États, et le règlement pacifique des différends entre États suppose que les sujets du droit soient étatiques, ou au moins qu'elles reconnaissent le droit international. Le fait que le droit international soit un droit basé sur le consentement des États, et dont les sujets sont essentiellement les États, est une difficulté en ce qui concerne les conflits asymétriques : les asymétries de pouvoir posent des difficultés concernant notamment les responsabilités extraterritoriales des États en matière pénale (active ou passive, territoriale ou personnelle) comme norme de droit international capable ou non de résoudre des situations de conflit ou d'agression²³.

Il est possible de relier les topiques des nouveaux conflits à des carences de responsabilité territoriale et personnelle des États : c'est par exemple le cas de la seconde guerre d'Afghanistan (2001), et du conflit armé du nord-ouest du Pakistan (2004) ; c'est aussi le cas de l'intervention française au Mali (2013). Les situations d'agression voient s'opposer un État et une organisation internationale (par exemple l'intervention de l'OTAN en

21 Raymond ARON, *op. cit.*, dans le chapitre intitulé « Dialectique de la paix et de la guerre », précise qu'il s'agit des actions de « dissuasion, persuasion, subversion », cf. p. 173.

22 Francis FUKUYAMA, « The imperative of state-building », *Journal of Democracy*, vol. 15 / 2, Avril 2004, p. 17. Francis Fukuyama, *State building : gouvernance et ordre du monde au XXI^e siècle*, trad. Denis-Armand Canal, Paris, France, la Table ronde, 2005, 198 p. Voir aussi Serge SUR, « Sur les États défaillants », *Commentaire*, n°112, hiver 2005, p. 891 et suiv. : « La reconstruction des États est l'objectif à long terme. Il n'en est pas d'autre, puisque, on l'a dit, on n'a pas trouvé de formule alternative à l'État ».

23 Hervé ASCENSIO, « L'extraterritorialité comme instrument », Nations-Unies, 2010, p. 19.

Lybie au titre du chapitre VII de la charte du Conseil de sécurité des Nations unies), une organisation privée et non étatique (de type Al Qaeda au Maghreb Islamique, qui voit la France intervenir au Mali dans le cadre d'accord bilatéraux de défense) à un État ou à une coalition d'États (par exemple OTAN contre Al Qaeda, sur le territoire afghan). Aucune de ces manifestations d'hostilité n'est inter-étatique au sens strict. Et dans chaque cas, les hostilités accompagnent une crise de souveraineté stato-nationale, et avant-tout, une carence de la réalisation de la responsabilité territoriale et/ou personnelle des États. L'imputation des responsabilités aux sujets du droit international n'est pas aisée, dès lors qu'existent des États « faillis » et des États « fragiles » (*failed states* et *weak states*)²⁴, ou comme le révèle le cas du Sahel, des zones géographiques dont l'administration est particulièrement difficile, comme les zones transfrontalières du Mali, de l'Algérie, du Niger et de la Lybie. Nous renvoyons, pour une analyse plus fine et détaillée des difficultés de mise en œuvre des responsabilités étatiques, aux articles précités de Serge Sur²⁵ et de François Gaulme.

Les réponses à l'assignation de responsabilités internationales constituées par la Charte des Nations unies d'une part et par la compétence universelle

tempérée de la Cour Pénale Internationale²⁶ d'autre part impliquent *a minima* que l'État soit partie (au statut de la C. P. I. ou à la Charte), mais aussi et surtout qu'il possède la volonté et la capacité de « *respecter ses injonctions, prendre les mesures internes de police, d'administration, de justice, qu'impliquent ces résolutions* »²⁷. En matière de politique de sécurité internationale, les alternatives à une communauté internationale parfaitement intégrée reposent essentiellement sur les coopérations bilatérales ou multilatérales. Dans les contextes d'États fragiles, les solutions politiques ne sont pas nombreuses. Les politiques extérieures alternatives aux politiques militaires ou de polices sont essentiellement les politiques dites de « *state building* » ou de « *state keeping* », de « *voisinage* » et d'aide au développement.

Comment ces évolutions peuvent-elles être intégrées du point de vue d'une analyse philosophique de l'hostilité? Le point de convergence des relations internationales et de la philosophie politique se situe dans les concepts d'État et de souveraineté.

1.3. L'État comme forme juridique contingente

La disparition de l'État comme forme de pouvoir est développée²⁸ dans la correspondance entre

24 François GAULME, « 'États faillis', 'États fragiles' : concepts jumelés d'une nouvelle réflexion mondiale », *Politique étrangère*, Printemps, avril 2011, p. 17-29 : « *Les définitions universitaires les plus précises à ce jour sont celles du Crisis States Research Centre de la London School of Economics and Political Science (LSE), créé en 2000 par le politologue américain James Putzel grâce à un financement du ministère britannique du Développement (Department for International Development, DFID). En mars 2006, à l'issue d'un atelier sur les « États en crise » (Crisis states), ce centre rattachait sa définition du failed state à la notion de state collapse, définie comme une situation où l'État est incapable de remplir ses fonctions de base, et notamment d'assurer la sécurité intérieure comme extérieure [...]* ».

25 Serge SUR, *op. cit.*

26 Contrairement aux tribunaux pénaux internationaux (TPI), la cour pénal internationale (CPI) est complémentaire des tribunaux nationaux. Cette complémentarité « tempère » la compétence universelle. En effet, une affaire est jugée irrecevable par la Cour pénale lorsqu'elle fait ou a fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce. Néanmoins, le principe de compétence nationale des États est « tempéré » par le fait que cette règle ne s'applique pas lorsqu'il apparaît que l'État en cause n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites. Nous renvoyons sur ce point au statut de la CPI, et notamment aux articles 14, 18 et 19.

27 Serge SUR, *op. cit.*

28 Erik DE VRIES, « Alexandre Kojève-Carl Schmitt correspondance and Alexandre Kojève, colonialism from a European perspective », *Interpretation*, vol. 29 / 1, p. 91-115. Kojève écrivait que

C. Schmitt et A. Kojève de 1955. Cette disparition est réaffirmée à plusieurs reprises : que faut-il comprendre par « disparition de l'État » ? Implique-t-elle non seulement des transformations des pouvoirs politiques mais aussi celles des faits politiques qui en dépendent ? Si les États disparaissent, les concepts de guerre, d'hostilité et d'ennemi disparaissent-ils ? Selon la conception philosophique classique de l'hostilité, la réponse serait positive, sauf à partager la conception de Hobbes selon laquelle, sans l'État, se retrouve instauré l'état de nature comme *bellum omnium contra omnes* : mais nous retrouverions alors seulement un concept pré-juridique d'hostilité. Il ne suffit pas d'affirmer que selon Schmitt et Kojève l'État-Nation disparaît, comme sujet et objet de la politique et du droit international : il convient d'en indiquer les motifs, d'en faire apparaître les manifestations et le cas échéant, d'en discriminer les conséquences.

Penser la politique en contexte post-étatique ou post-national n'est pas une nouveauté : la post-nationalité est un cadre théorique qui émerge sous une forme implicite chez Kant, avec *Vers la paix perpétuelle* : « toute atteinte au droit en un seul lieu est ressentie en tous [Kant souligne] », l'auteur renvoyant à la nécessité d'une fédération fondée sur le *droit des gens* et étendue à tous les États. Aujourd'hui, J.-M. Ferry traite, de manière centrale et dans le sillage de Kant et de J. Habermas, notamment dans l'article intitulé *Du politique au-delà des Nations*²⁹, la question de l'appropriation citoyenne des nouvelles formes politiques en contexte post-national. Il écrit ainsi que : « l'identité post-nationale signifie que : a) le citoyen

ne voit plus dans la nation la référence et l'appartenance politiques ultimes ; b) sans nier les solidarités locales, régionales, nationales, les motifs suprêmes d'adhésion à une communauté politique ne sont plus ceux de la parenté, de la proximité, de la filiation, ni même les motifs de la nationalité selon Renan, mais l'adhésion à des principes universalistes tels qu'ils s'expriment dans les droits de l'homme, l'État constitutionnel, la démocratie »³⁰. La post-nationalité n'est pas un constat de fait, mais seulement une prescription de philosophe politique. J.-M. Ferry ne se passe pas de la référence stato-nationale, il l'intègre dans une acception plus large de la citoyenneté. J. Habermas, influençant en cela J.-M. Ferry, avait proposé de procéder à une déconnexion des concepts de démocratie et de nation : c'est la condition même de la thèse dite du « patriotisme constitutionnel ». Il explique ainsi que « c'est une erreur de penser que l'ordre démocratique requiert par nature un ancrage mental dans la Nation entendue comme communauté prépolitique fondée sur un destin partagé »³¹ et propose de concevoir un mode d'appropriation du politique par le citoyen qui porterait sur des normes juridiques plutôt que sur des États.

Mais alors pourquoi revenir à C. Schmitt lorsque l'on procède à l'analyse des conditions de d'intelligibilité d'un droit pénal de l'ennemi ? Une réponse spontanée consisterait à présenter C. Schmitt comme le juriste qui ne pensait pas le droit international public comme un instrument capable de supprimer l'hostilité entre les sujets du droit international, se fondant sur le concept qui en est la source, celui de souveraineté, et sur sa conception du politique comme irréductible au juridique.

Pourquoi le concept d'hostilité, malgré les évolutions du droit international public, est-il rémanent ?

dans sa lettre du 16 mai 1955 que « les américains n'ont jamais su ce que voulait dire « guerre », « politique » et « État » (les « boys » ne tombent pas en tant que soldats, mais ils sont tués en tant que « policiers » et que « les révolutions sont évidemment devenues aussi impossibles que les guerres. Toutes deux supposent des États, mais il n'y a plus d'États ! ».

²⁹ Jean-Marc FERRY, « Du politique au-delà des nations », *Politique européenne*, n° 19, juin 2006, p. 5-20.

³⁰ *Ibid.*, p. 11.

³¹ Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, trad. Rainer Rochlitz, Paris, France, Fayard, 2010, 157 p, ici sect. 2, II, d.

Dans l'ouvrage *Le concept du 11 septembre*³², J. Habermas déclare à la fois fausse et dangereuse « l'ontologisation de la relation ami/ennemi »³³. Mais cette condamnation n'est que le prélude à une discussion plus fine des rapports de la force et du droit : selon J. Habermas, les relations internationales sont l'objet d'une dissension entre « l'école réaliste » et l'école des promoteurs d'une transformation du droit international en ordre juridique transnational. La première se fonde sur un « différentiel de puissance qui existe entre l'autorité légitimante – mais faible – de la communauté internationale et celle des États-Nations militairement puissants mais agissant dans leur propre intérêt »³⁴. Si la relation ami/ennemi a comme terme, dans la pensée schmittienne, les États, encore s'agit-il de situer les politiques menées par les États d'une part, et le droit de l'ennemi d'autre part, entre ces deux écoles.

Si, du point de vue des relations internationales, comme le rappelle Jean-François Kervégan³⁵, Carl Schmitt avait raison d'affirmer dans plusieurs textes que l'ère de « l'étatité » était achevée³⁶, la relation ami/ennemi se déplacerait de l'État vers les nouveaux acteurs de la souveraineté, de types supranationaux ou infranationaux : ainsi, à titre d'exemple, la souveraineté française ne devrait plus être pensée dans le cadre républicain et constitutionnel classique de la nation française, mais elle devrait être complétée par les faits de souveraineté qui se manifestent aussi bien dans les entreprises publiques, que dans l'U. E. et dans l'OTAN,

comme dans tous les traités bi ou multilatéraux qui l'engagent, la conditionnent, la manifestent.

Il semble que cette complexification de la question de la souveraineté est ce qui engageait la réflexion de C. Schmitt. Mais au lieu de constater des transformations de l'exercice de la souveraineté et d'en déduire des transformations subséquentes de l'hostilité, il parcourait le trajet inverse : constatant des modifications de l'hostilité, il en déduisait et anticipait des transformations de la souveraineté, lesquelles s'exprimaient explicitement dans sa correspondance, informelle, avec A. Kojève. Dans *La notion de politique*, la transformation de l'hostilité fonde cette proposition aux yeux du juriste allemand : le XX^e siècle aurait vu se substituer « des hostilités de classe ou de race à caractère révolutionnaire » à l'hostilité « du droit public européen réglementant la guerre territoriale inter-étatique »³⁷. Ces nouvelles formes inquiétaient C. Schmitt, attaché à la forme conventionnelle inter-étatique de l'hostilité. Il écrivait explicitement que la délimitation et la distinction nettes entre l'ennemi et le criminel, permises par le droit public européen, et la restriction subséquente de la portée de la catégorie d'ennemi, étaient « un grand progrès vers plus d'humanité ». Plus d'humanité ? L'ennemi doit être un concept précis ; le criminel n'est pas un ennemi ; et la définition de l'ennemi doit être restrictive.

Néanmoins, il ressort de là plusieurs positions conceptuelles au sujet d'un droit de l'ennemi :

- la première plaidera pour la suppression totale de la catégorie d'ennemi au profit de la catégorie de criminel : elle correspond à l'inclusion du domaine politique dans le juridique ;
- la seconde plaidera pour le maintien de la catégorie d'ennemi aux côtés de la catégorie de criminel : elle correspond au maintien théorique d'une activité politique non-juridique ;

32 Jacques DERRIDA et Christian BOUCHINDHOMME, *op. cit.*, p. 72.

33 Cf. note 7, p. 5 du présent article.

34 *Ibid.*, p. 73.

35 Jean-François KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt?*, Paris, France, Gallimard, 2011, 328 p., p. 176 et 304.

36 Carl SCHMITT et Julien FREUND, *op. cit.*, p. 42. Voir aussi *Le nomos de la Terre* (1950), la préface de 1963 à *La notion de politique* (1932), où C. Schmitt affirmait que « l'ère de l'État est à son déclin ».

37 *Ibid.*, p. 44 et 45.

- la troisième plaidera pour l'extension de la catégorie d'ennemi au détriment de la catégorie de criminel : elle correspond à l'inclusion du domaine juridique dans le politique.

La question qu'il convient de poser aux thuriféraires du droit pénal de l'ennemi, s'ils existent, est de savoir quelle position conceptuelle, parmi les trois précitées, ils adoptent. Or il y a plusieurs façons d'aborder cette question : *ex datis* ou *ex principis*, *de jure* ou *de facto*, selon une rationalité *éthique* ou *téléologique*. Les juristes choisiront plutôt la méthode *ex principis*, recourront à des arguments *de jure* selon une rationalité *éthique*. Les politiques choisiront au contraire la méthode *ex datis*, et recourront à des arguments *de facto* selon une rationalité stratégique ou *téléologique*.

Reste à savoir si, en ce domaine, de telles positions sont pratiquement et théoriquement possibles. Nous proposons dans la seconde partie de l'article que la seconde position est la seule position permise *de facto*, comme prémisses d'une *politique pratique*, à cette réserve près qu'un droit de l'ennemi, défini le cas échéant comme un droit d'exception, soit encadré *ratione materiae* et *temporis*, et objet d'une souveraineté contrôlée et non linéaire.

1.4. Les tensions politiques sur les États-Nation et leur souveraineté tendent à découpler le droit et l'hostilité pour réserver la définition de cette dernière au pouvoir exécutif

Il apparaît que si les formes politiques stato-nationales doivent coopérer entre elles pour accroître leurs capacités politiques, engendrant en cela des formes politiques supranationales, l'accroissement de la coopération diminue paradoxalement leur souveraineté et leur capacité à agir souverainement : il s'agit donc d'une forme de dialectique, définie comme forme d'un conflit nécessaire. Cette dialectique est résumée en deux questions par R. Aron : « *si les États sont souverains, faut-il*

dire qu'ils ne sont pas soumis aux obligations du droit international? S'ils lui sont soumis, peut-on dire encore qu'ils sont souverains, au sens où la souveraineté implique une autorité suprême? »³⁸. Questions rhétoriques, puisqu'il ne fait aucun doute qu'un État peut souverainement retirer son consentement aux obligations qu'il a lui-même contractées. Cette dialectique apparaît particulièrement, à titre d'exemple, dans les règles en vigueur au conseil de sécurité des Nations-Unies, à la fois dans sa légitimation des interventions sur les faits de souveraineté nationale et dans l'exercice du veto comme empêchement de toute action collective. La pierre de touche de cette question est la volonté commune des États.

Or la volonté souveraine doit pouvoir se former, et c'est sa formation qui est à la base de l'analyse du déclin de l'étatité dans la correspondance entre C. Schmitt et A. Kojève. En effet, A. Kojève, dans les lettres à C. Schmitt du 16 mai 1995 et du 1^{er} août 1955, pensait comme C. Schmitt que l'État avait disparu³⁹. Dans la seconde lettre, A. Kojève déclarait explicitement : « Pour moi, les révolutions sont évidemment devenues aussi impossibles que les guerres. Toutes deux supposent des États, mais il n'y a plus d'États! ». Pourquoi ce point d'accord entre ces deux penseurs? Selon J.-F. Kervégan, trois raisons motivaient C. Schmitt pour conclure au déclin de l'étatité.

La première trouvait son origine dans le règlement juridique du premier conflit mondial, qui marqua l'intervention de la communauté internationale dans les

38 Raymond ARON, *op. cit.*, p. 728.

39 Nous citons aussi cet extrait de la lettre du 16 mai 1955 : « Lorsque, après la guerre, je me suis introduit dans l'« État » démocratique moderne comme fonctionnaire (commerce extérieur = politique « extérieure »), j'ai pensé (après quelques années seulement) que ce n'était plus du tout un État. Le parlement et le gouvernement (c'est-à-dire les constructions auparavant politiques) se tenaient dans un si parfait équilibre qu'aucun des deux ne pouvait prendre une décision ni une résolution, ni faire quoi que ce soit ».

affaires des États, exprimant l'abandon du dogme de la souveraineté des États – et ceci en dépit du précédent constitué par le traité de Vienne de 1814, qui était en réalité un traité multilatéral reposant sur les volontés des États, que l'une ou l'autre soit par ailleurs malmenée. La seconde résidait dans le fait qu'une organisation inter-étatique supranationale peut et doit dépasser politiquement la politique comme affaire des États : par exemple, non seulement supprimer le *jus in bello* des États mais aussi ne pas se l'approprier. La troisième raison reposerait sur la fascination qu'aurait éprouvée Schmitt à l'égard du marxisme-léninisme, tant comme « *part vivante de l'héritage de la dialectique hégélienne* »⁴⁰ que comme « *pratique politique qui a transporté le centre de gravité conceptuel de la guerre vers la politique, c'est-à-dire vers la distinction de l'ami et de l'ennemi* »⁴¹. Ces trois raisons ne prennent pas tout à fait en compte, néanmoins, les raisons explicitement mentionnées par C. Schmitt dans sa lettre du 7 juin 1955 à A. Kojève : « *C'en est fini de l'État, c'est vrai ; ce Dieu mortel est mort, on ne peut rien y changer ; l'appareil administratif moderne de nos jours, qui sert à la 'prévoyance de l'existence' n'est pas l'État au sens de Hegel*⁴², *il n'est pas un 'gouvernement' [...] pas plus qu'il n'est capable de guerre ou de peine de mort, ni donc capable non plus de faire l'histoire* »⁴³. Ce qui

caractérise en effet un État, aussi bien selon C. Schmitt que selon A. Kojève – d'où l'accord profond qui s'exprime dans leur correspondance – n'est pas l'administration, le territoire ou la population, qui sont pourtant les critères retenus par le droit international public⁴⁴, mais le « gouvernement » tel que le définit Hegel, à savoir « *exécuter les décisions du prince, assurer l'application et le maintien de ce qui a été décidé* »⁴⁵. Le « gouvernement » est responsable, chez Hegel, de « *la subsumption des affaires particulières sous l'universel* » : il réalise et manifeste donc, en termes hégéliens, l'unité et l'universalité interne et externe de l'État. Il y a coexistence, mais coexistence asymétrique, des pouvoirs exécutif et législatif, comme l'indique le §300 des *Principes de la philosophie du droit* : « *le pouvoir gouvernemental constitue le pouvoir de délibération et cela, parce qu'il possède une connaissance concrète [...]* ». Le pouvoir exécutif possède une primauté. Car une coexistence de l'exécutif et du législatif ne suffirait pas à elle seule à garantir la souveraineté d'un État : elle doit être en outre caractérisée et comprise par des faits de souveraineté d'un pouvoir sur l'autre. Les pouvoirs doivent être asymétriques et exclusifs. Ces faits de souveraineté d'un pouvoir sur l'autre pourraient être qualifiés aussi bien comme des prérogatives exclusives, des domaines réservés, que comme des derniers mots, sur le fond comme sur la forme des décisions politiques. Le souverain ne peut être défini, selon le raisonnement de Mirabeau, comme celui qui ne peut recevoir d'ordre que

40 Jean-François KERVÉGAN, *op. cit.*, p. 180.

41 *Ibid.*, p. 181.

42 Hegel pensait que la guerre, comme moyen politique, « *conserve la santé éthique des peuples* », cf. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL et Jean-Paul FRICK, *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'état en abrégé*, trad. Robert Derathé, Paris, France, J. Vrin, 1982, 370 p., ici p. 324-325. Voir aussi *Phénoménologie* (trad. Jean Hyppolite, t. II, p. 23) : « *le gouvernement doit de temps en temps les ébranler [les esprits des particuliers] dans leur intimité par la guerre ; par la guerre il doit déranger leur ordre qui se fait habituel, violer leur droit à l'indépendance, de mêmes qu'aux individus qui, en s'enfonçant dans cet ordre, se détachent du tout [...]* ».

43 Erik De VRIES, « Alexandre Kojève - Carl Schmitt correspondence and Alexandre Kojève 'colonialism from a European

perspective' », *Interpretation*, vol. 29 / 1, p. 91-115.

44 Nous renvoyons sur ce point à la jurisprudence du droit international public, et plus particulièrement à la sentence arbitrale Île de Palmas (États-Unis c. Pays-Bas) qui clarifie ce qu'il convient d'entendre par souveraineté territoriale comme droit exclusif d'exercer les activités étatiques.

45 Georg Wilhelm Friedrich HEGEL et Jean-Paul FRICK, *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'état en abrégé*, trad. Robert Derathé, Paris, France, J. Vrin, 1982, 370 p., ici p. 299, § 287.

de sa propre autorité⁴⁶, ou comme une pure indépendance: encore faut-il qu'il ne puisse y avoir d'ordre contraire. Plus spécifiquement encore, le souverain est défini par C. Schmitt comme celui «*qui décide de la situation exceptionnelle*»⁴⁷ relativement à l'exercice régulier des pouvoirs constitutionnels.

Le déclin de l'étatité s'enracine pour ces auteurs dans une difficulté liée à la souveraineté des pouvoirs, et donc à la manière dont nous concevons les faits de souveraineté, leur origine et leur expression. En tout état de cause, un fait de souveraineté doit se penser non seulement comme liberté d'action mais aussi comme un déséquilibre favorisant l'action – à l'opposé de l'indifférence d'un âne de Buridan, indifférence synonyme d'inaction et de mort politique. La question n'est pas immédiatement celle de savoir lequel des pouvoirs doit avoir la prééminence sur l'autre: c'est celle de savoir si l'un au moins des pouvoirs possède une prééminence favorable à l'action politique et à la formation ou l'accomplissement de la souveraineté.

Quelles conséquences pour notre analyse? Il y a, dans le déclin de l'étatité et de la souveraineté, plusieurs arguments qui peuvent expliquer l'émergence d'un droit pénal de l'ennemi. Certaines évolutions de la souveraineté affaiblissent paradoxalement l'État, en la transférant au peuple, à des institutions supranationales ou à l'administration. Par suite, ces transferts dérèglent ou déconventionnalisent l'hostilité, car l'État n'est plus seul titulaire de la souveraineté: il n'a plus le monopole de la définition de l'hostilité.

Selon Kojève, les pouvoirs exécutifs et législatifs se neutralisent dans la démocratie libérale d'après-guerre, par la recherche du consensus: il y voit donc une première

cause de déclin de la formation de la souveraineté des États. Autre source de déclin, le fait que des régimes politiques constitutionnels mettent à mal entre 1920 et 1940 le pouvoir législatif et par suite l'exécutif – des régimes césaristes, autoritaires, populistes – d'abord en connectant directement la société civile et le pouvoir exécutif, ensuite en renforçant considérablement l'administration: ce fait constitue une modification de la structure même de la souveraineté. En déplaçant la souveraineté entre ces institutions de pouvoirs, on déplace le pouvoir de définir l'ennemi.

Selon C. Schmitt, le politique précède, dépasse et englobe l'État, qui n'en est qu'une forme contingente et historique⁴⁸. Il peut donc y avoir, comme l'écrit J. Freund, «*une activité politique en dehors du cadre étatique*»⁴⁹. L'instance juridique et institutionnelle ne définit pas exclusivement et nécessairement le politique: «*le critère du politique*», écrit J. Freund – précisant que ce n'est ni une essence ni une description complète du phénomène politique – «*c'est la possibilité pour une opposition quelconque d'évoluer vers un conflit extrême mettant aux prises des ennemis*»⁵⁰. J. Freund voit dans la politique non seulement la genèse de l'hostilité mais aussi sa gestion et sa résolution.

Pour décrire du point de vue du droit international cette tension entre une hostilité pensée dans le cadre

46 MIRABEAU, Réponse à Dreux-Brézé, 23 juin 1789 in *Orateurs de la révolution française*. Paris, Gallimard, 1989, 1608 pp., ici p. 643-4.

47 Carl SCHMITT et Jean-Louis SCHLEGEL, *Théologie politique: 1922, 1969*, Paris, Gallimard, 1988, 182 p., p. 15.

48 Les relations internationales fournissent des exemples de cette contingence, dans lesquels les questions d'hostilités et d'affirmation de souveraineté, de quelque nature que ce soit, ont eu lieu: création d'État souverain (Kosovo, Sahara occidental, République de Crimée aujourd'hui), fragmentation d'États (Ex-Yougoslavie ou Ukraine), succession d'États (Allemagne et R. F. A., Russie et U. R. S. S.) ou réunion d'États (Allemagne). Ces transformations ont pu s'accompagner de disparition et de création de personnalité juridique.

49 Carl SCHMITT et Julien FREUND, *La notion de politique*, trad. Marie-Louise Steinhauser, Paris, France, Flammarion, 1992, 323 p., p. 18.

50 *Ibid.*, p. 23.

stato-national, une hostilité définie par la communauté internationale, et une hostilité contestée par les déplacements de la souveraineté, un auteur comme Balakrishnan écrit, à propos de C. Schmitt, que « *le problème contemporain du droit international était cet «entre-deux», ce flottement du statut de l'État souverain. Soit la Société des Nations était une fédération qui abolissait inconditionnellement la guerre entre États membres, soit c'était une alliance révocable, fondée sur la volonté d'États souverains qui préservaient leur jus belli, le droit de gérer leurs propres affaires par la guerre* »⁵¹. Or, au regard de la situation contemporaine du droit international public, cette alternative semble tranchée : nous vivons et pensons à l'intérieur du second cas, dans lequel le droit international est le produit de conventions révocables.

Dès lors, l'hostilité et le droit pénal de l'ennemi résultent de et manifestent la préservation du *jus in bello* étatique. L'État moderne, poursuit J. Freund, « *a réussi à dompter à l'intérieur de ses frontières la relation ami-ennemi, sans l'avoir jamais supprimée. Il est donc à craindre qu'avec l'affaiblissement de l'État et son éventuel dépérissement on réveillera cette relation qui redeviendra une structure fondamentale de l'unité politique qui succédera à l'État* ». Ce texte, écrit en octobre 1971, possède une résonance particulière dans le cas des « états faillis », c'est-à-dire ne pouvant assurer leurs obligations juridiques, comme des états corrompus. Selon J. Freund, Schmitt a toujours privilégié la politique extérieure sur la politique intérieure dans ses analyses. C'est aussi l'avis de R. Aron, lorsqu'il écrit que « *la théorie [de C. Schmitt], me semble-t-il, implique que la politique étrangère soit première ou, du moins, que la politique ne doive pas être définie sans référence à la pluralité des collectivités* »⁵², à

propos de *La notion de politique*. C'est pourquoi l'analyse de ses réflexions sur l'État doit être faite à l'aune du droit international public, et non du droit interne. Le sujet politique est, dans les analyses schmittiennes, le sujet étatique comme sujet de droit international public. Schmitt propose de penser le sujet politique comme le sujet d'exercice de la souveraineté politique relativement aux autres sujets titulaires de la souveraineté politique : dans des rapports de souveraineté entre sujets de droit. Analyser les éventuelles hostilités internes à l'État-Nation n'est donc pas ici pertinent, et discuter le droit pénal de l'ennemi du point de vue du droit pénal interne non plus.

Si comme l'indique Yves-Charles Zarka, « Schmitt n'est ni le penseur du politique, ni le penseur de l'État moderne ou postmoderne »⁵³ c'est parce que selon lui « Schmitt entend faire du mythe un instrument de combat contre le rationalisme politique, en particulier celui de la démocratie libérale où la politique se dégrade et se décompose en négociations et discussions »⁵⁴. Or les États, dans leurs rapports, n'ont pas que des relations de négociation ou d'arbitrage, libérales ou démocratiques. Pour Y.-C. Zarka, les réflexions de Schmitt ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une discussion des transformations de la souveraineté stato-nationale, mais dans celui de la forme d'exercice d'une souveraineté qui ne peut être que stato-nationale. Cette forme d'exercice est, selon lui, soit la démocratie libérale, définie comme « rationaliste », soit la démocratie autoritaire, qu'il ne définit pas dans la brève introduction à l'ouvrage sur C. Schmitt, mais qu'il caractérise comme ne faisant pas recours aux formes délibératives ou dialogiques. Ce point est important, puisqu'il converge avec l'une des raisons proposées pour expliquer les positions schmitt-

51 Gopal BALAKRISHNAN, *L'ennemi : un portrait intellectuel de Carl Schmitt*, trad. Diane Meur, Paris, France, Éd. Amsterdam, 2006, 403 p., p. 299.

52 Raymond ARON, *op. cit.*, p. 295.

53 Carl SCHMITT et Yves Charles ZARKA, *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, trad. Denis Trierweiler, Paris, France, Presses universitaires de France, 2009, 197 p., p. 10.

54 *Ibid.*

kojévienne sur l'étatité: l'extension de la catégorie de l'ennemi résulte partiellement et paradoxalement soit de la neutralisation des phénomènes de souveraineté, soit de leur intensification lors de contestations. Ce que nous tentons de résumer par cette double affirmation de bon sens: moins un État, défini comme séparation et répartition juridique des pouvoirs, parvient à accomplir les faits de souveraineté et à relier les faits politiques qui le concernent à sa propre constitution juridique, plus un espace non juridique se développe, permettant des manifestations internes et externes de l'hostilité. Plus un État, tentant d'exercer sa souveraineté, rencontre des souverainetés adverses avec lesquelles une solution juridique – dialogique – est impossible, plus le concept d'hostilité va s'imposer.

La dialectique du *droit* et du *fait* de la théorie de la souveraineté consiste à savoir si l'on peut substituer des discussions et des négociations à de l'hostilité⁵⁵, de l'action à de l'inaction, et si la discussion peut ou doit avoir une fin: on opposera ici ce qui est pratique – comme raisonnement dont la conclusion est une action, et non une simple proposition, fut-elle prescriptive – et ce qui ne l'est pas, la rationalité éthique n'étant pas toujours *pratique* – nous reviendrons sur ce point en conclusion.

À titre de bilan provisoire, toute position conceptuelle sur l'utilisation politique de la catégorie d'ennemi et d'hostilité appartient dans cette mesure à la *libéralité* des acteurs du conflit – leur propension au dialogue –, à l'*étatité* du conflit, c'est-à-dire à la structure de la *souveraineté* impliquée et enfin à la *finalité*, explicite

ou non, de l'action politique qui se manifeste dans les faits de souveraineté impliqués.

Une puissante convergence émerge de la tentative de penser des contextes post-nationaux, internationaux et transnationaux chez des penseurs très différents, convergence qui ne participe pas pour nous d'une relation entre leurs pensées, et n'est pas de l'ordre d'une généalogie. Cette convergence témoigne plutôt, chacun dans son ordre propre, des tensions qui s'exercent au cœur même de la pensée de l'État-Nation comme objet de la philosophie politique, et sur la théorie de la souveraineté, que ce soit dans sa production politique collective ou dans son appropriation et sa réalisation par le droit.

2. Les tensions sur la souveraineté des États-Nations produisent une perte de clarté des concepts de guerre et de paix, favorisant une généralisation de l'hostilité.

2.1. Penser la guerre sans le concept d'État?

Est-ce la politique, définie comme moment de la paix, ou la guerre, qui voit naître le droit pénal de l'ennemi? La question n'a de sens que si les concepts de guerre et de paix ont un sens. Si, selon A. Kojève, la guerre est devenue impossible car les États connaissent une éclipse, la paix ne saurait pas plus subsister, pour cette même raison. Et si les concepts de paix et de guerre s'étiolent – au profit, selon A. Kojève, d'une « police » mondiale qu'incarnent à ses yeux les États-Unis – qu'advient-il de l'hostilité? Notre présent semble correspondre, lorsque l'on considère les tensions dont les États-Nation sont l'objet, au prolongement d'une reconfiguration du droit commencée après-guerre, mais inachevée. Plusieurs arguments en philosophie politique militent aujourd'hui pour une transformation de la conception classique de l'hostilité.

55 Raymond ARON, *op. cit.*, précise, dans le chapitre VI intitulé « dialectique de la paix et la guerre », et dans la sous-partie intitulée « dialectique de l'antagonisme », que « c'est le dialogue des acteurs qui fixe le sens de l'action », cf p. 173. Cette précision est décisive en ce qu'elle a pour conséquence que l'action politique n'a pas de sens indépendamment du dialogue qui la précède, qui l'accompagne, ou qu'elle prépare.

2.1.1. L'indistinction de la guerre et de la paix

C. Schmitt écrivait, dans la préface de 1963 à *La notion de politique*, que les limitations des droits à la guerre et à l'hostilité reposaient sur l'État⁵⁶. Paradoxalement, selon lui, c'est la volonté d'abolir la guerre inter-étatique qui engendre une situation « confuse, où se mêlent la forme et l'informe, la guerre et la paix »⁵⁷.

Il convient, avant d'aller plus loin, de rappeler quelques définitions. Le terme « guerre » n'est pas un terme juridique, contrairement à celui d'« agression » ou de « crime d'agression ». Il faut distinguer la « guerre » du « recours à la force », comme droit d'employer la force armée dans des circonstances déterminées, appelé couramment *jus ad bellum*. Si le droit international public a tenté d'encadrer le « recours à la force », il est néanmoins historiquement mis devant le fait accompli des volontés des États⁵⁸, plaidant en ceci pour une lecture philosophique de l'hostilité *de facto* plutôt que *de jure*, et pour une primauté de « l'école réaliste » du droit international, décrite par J. Derrida et J. Habermas. Le conflit armé résulte, en droit international public, d'une agression armée d'un État contre un autre : son but est généralement la destruction de l'État, ou la préservation d'intérêt nationaux stratégiques. Cette destruction et cette préservation d'intérêts ont pour moyen l'« agression armée », agression qui vise plus précisément, mais non exhaustivement, « la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique »⁵⁹ d'un État. Ainsi, comme le remarquait C. Schmitt, « dans le système du Pacte de

Genève qui gouverne la politique d'après-guerre, c'est l'agresseur qui est désigné comme ennemi »⁶⁰. L'agression étant illégale et la défense légitime et légale, l'intérêt des États consiste à remplir les conditions de la légitime défense, quitte à les créer.

Pour illustrer un peu plus cette confusion, il est possible de parler de guerres tout à fait réelles dans des cas plus complexes que des guerres strictement inter-étatiques, cas que sont la « guerre froide »⁶¹, la « guerre contre le terrorisme », le « terrorisme d'État » ou le « terrorisme mondialisé ». Mais inversement, il est possible de parler de « police militaire » inter-étatique dans la gestion par des forces nationales ou internationales de la fragmentation d'États, des « opérations de maintien de la paix », des « accords bilatéraux de défense » permettant à une armée de procéder à des actions de *state keeping*.

L'érosion des concepts de guerre et de paix produit plusieurs conséquences. Ainsi que le souligne B. Heuser⁶², la victoire militaire n'est plus seulement l'objectif de la guerre ou des politiques de défense, notamment depuis le développement de la *Théorie du partisan* et des modèles stratégiques contre-insurrectionnels (la guerre prenant pour objet le « *heart and mind* »). La typologie des conflits, en ce XXI^e siècle commençant, a changé : celle qui est proposée par le droit international est mise à l'épreuve des conflits asymétriques, du terrorisme mondialisé et des insuffisances de la responsabilité territoriale et personnelle des États. Le concept même de terrorisme subit des transformations. Qu'il soit anarchiste russe au XIX^e siècle ou d'extrême gauche et contemporain en Grèce, sa forme séparatiste et politique au XX^e (basque, corse, irlandaise, kurde ou tamoul), a vu apparaître

56 Carl SCHMITT et Julien FREUND, *op. cit.*, p. 45.

57 *Ibid.*

58 Marc PERRIN de BRICHAMBAUT, Jean-François DOBELLE et Frédérique COULÉE, *op. cit.*, p. 25.

59 Marc PERRIN de BRICHAMBAUT, Jean-François DOBELLE et Frédérique COULÉE, *Leçons de droit international public*, Paris, France, Presses de Sciences Po : Dalloz, 2011, 701 p., p. 284. Les auteurs renvoient à la résolution 3314, adoptée par consensus, par l'Assemblée générale des Nations unies, en 1974.

60 Carl SCHMITT et Julien FREUND, *op. cit.*, p. 162.

61 Raymond ARON, *op. cit.*, p. 168, où l'auteur traite de la guerre froide comme d'une « paix belliqueuse ».

62 Beatrice HEUSER, *The evolution of strategy: thinking war from antiquity to the present*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2011.

une forme nouvelle de terrorisme total, non politique, mondialisé et protéiforme, plus proche de la violence inquisitoriale que de la guerre. Sur ce point, nous renvoyons aux réflexions de J. Derrida dans l'ouvrage *Le « concept » du 11 septembre*, lesquelles indiquent par ailleurs que la production de la terreur n'est pas la spécificité de l'ennemi, mais peut être accomplie par l'État lui-même (comme dans le cas français de 1793 ou d'un terrorisme d'État dont l'ouvrage examine les termes⁶³).

Le droit pénal de l'ennemi doit-il être disqualifié parce qu'il abolit la distinction nécessaire du temps de la guerre et du temps de la politique, distinction présente chez Clausewitz, mais abandonnée par C. Schmitt? C'est la position du professeur E.-R. Zaffaroni⁶⁴. Mais si cet effacement est la conséquence logique, suivant les analyses de Schmitt et de Kojève, des tensions qui s'exercent sur la souveraineté des États, l'émergence d'un tel droit n'est-elle pas logique, voire nécessaire?

Une autre conséquence de l'usure des concepts de guerre et de paix est la progression historique de l'indistinction entre combattant et non-combattant, permettant au concept d'ennemi de gagner en force à mesure que celui de non-combattant s'étirole. C. Schmitt affirmait dans *Théorie du partisan* que « la guerre demeure limitée en principe », au sens où elle « reposerait sur » ou « appliquerait » *de facto* un très petit nombre de principes. Parmi ceux-ci, l'identification du combattant. Plus précisément, la base de l'analyse de C. Schmitt est la distinction entre forces armées régulières et irrégulières, celles-ci étant selon le droit de la guerre et selon lui « hors la loi »⁶⁵. Il énonce ainsi que « la guerre du *jus publicum Europeanum* était une guerre inter-étatique menée par une armée étatique régulière contre une autre armée étatique

régulière »⁶⁶. Or, avec les tensions sur les États, consistant en l'émergence des formes de supranationalité comme en contestations diverses de leur souveraineté, tout comme les transformations du concept de guerre, ce schéma est sans cesse déformé par un principe de tiers-inclus : les Nations-Unies, les partisans, les opposants, la communauté internationale, etc. De telle sorte qu'il n'y a plus, si tant est que cela se soit déjà produit, deux états autour d'une table.

C. Schmitt a consacré un assez vaste développement⁶⁷ à la situation du partisan au regard du droit international, et notamment au regard du Règlement de La Haye de 1907 et des Conventions de Genève de 1949. Selon lui, les catégories nettes de la guerre inter-étatique ont été assouplies par ces différents textes, puisqu'ils ont permis d'assimiler certains civils, pour les protéger juridiquement en les incluant au *jus in bello*, à des forces armées régulières. Les conditions d'assimilation aux forces régulières par un civil et d'obtention de la protection juridique sont les suivantes : présence d'une hiérarchie, port d'un signe distinctif, port visible de l'arme et respect du *jus ad bellum*. Or selon C. Schmitt, ces critères sont flous ; qui plus est, « en assouplissant, voire en mettant en cause ce système de distinctions essentielles, les Conventions de Genève ouvrent la porte à une forme de guerre qui détruit sciemment ces distinctions nettes »⁶⁸. Ce qui était assurément, pour le juriste, un danger.

2.1.2. La question des limites du droit : peut-on subordonner la politique au droit ?

Formulé par J.-P. Sartre en 1967 dans son discours inaugural du Tribunal Russell, nous pourrions voir dans l'histoire des relations internationales d'après guerre

63 Jacques DERRIDA et Christian BOUCHINDHOMME, *op. cit.*, p. 155-160.

64 Eugenio Raúl ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *Revue de science criminelle*, 2009, p. 43.

65 Carl SCHMITT et Julien FREUND, *op. cit.*, p. 213.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*, p. 225-238.

68 *Ibid.*, p. 237.

la volonté de substituer un *jus contra bellum* au *jus ad bellum*. Sartre, souvenons-nous en, estimait que « *les idées, pourtant justes, que nous avons de la politique – à savoir qu'il faut la juger d'un point de vue réaliste, qu'elle est déterminée par un rapport de forces, qu'il faut tenir compte du but recherché, etc. – doivent nous amener [...] à ne pas considérer la politique que sous l'angle de l'efficacité et à accepter une complicité passive en ne jugeant les actes d'un gouvernement que dans une perspective pratique. Est-ce qu'un fait politique n'a pas également une structure éthico-juridique?* »⁶⁹. Cette question radicale, en ce qu'elle est *ex principis* et tournée vers les solutions *de jure* telles que la résolution pacifique des différends, est développée par M. Delmas Marty pour lutter contre le développement du droit pénal de l'ennemi, lutte dont l'outil principal est la Cour Pénale Internationale. S'inscrivant dans le sillage des Lumières, celui de l'héritage kantien d'un projet de paix perpétuelle, ce point de vue repose sur le droit interne des États, prolongé par le droit international : il défend la transformation des conflits en désaccords, conformément au projet de la charte des Nations unies. La dissolution de toute hostilité dans une organisation internationale est une hypothèse examinée par R. Aron au chapitre XXIV de *Paix et guerre entre les Nations*. Celui-ci estimait en 1962 qu'« *aucune des conditions nécessaires à l'efficacité d'une organisation mondiale [...] n'est actuellement réalisée* »⁷⁰. Ces conditions étaient, selon lui, « *que les armes thermo-nucléaires (ou des armes équivalentes) ne soient pas employées, que la répartition équitable des ressources soit assurée, que les races, les peuples, les nations, les croyances s'acceptent et se respectent* »⁷¹. Or R. Aron tire du non-respect de ces conditions la conséquence selon laquelle « *ces trois conditions n'ayant jamais été remplies, il n'est pas faux de dire que l'ordre politique est inséparable des*

hostilités »⁷². Sa position est néanmoins nuancée, dans la mesure où il lui semble dans le même temps « *impossible de déduire le caractère contradictoire et par suite l'impossibilité d'une organisation mondiale à partir de l'alternative ami-ennemi, posée comme constitutive de la politique* »⁷³. La discussion de la thèse de *La notion de politique* de C. Schmitt dont ces propos forment la conclusion est particulièrement stimulante, en ce qu'elle distingue « *élargissement des unités politiques* » et « *unification de l'humanité* ». Si la première est historiquement constatée et souhaitable, la seconde résulte d'un point de vue moral « *perfectionniste* »⁷⁴, auquel R. Aron s'oppose avec force, pour faire sien un modèle inter-étatique fondé sur la volonté, quand bien même cette volonté viendrait à manquer : l'alternative à la volonté étant la force, cette dernière ne saurait fonder une organisation pérenne. Si « *certaines pouvoirs [...] n'existent que par et pour une certaine hostilité* »⁷⁵, c'est parce que R. Aron conserve une grille de lecture hégélienne de l'histoire, y trouvant une forme de « *dialectique historique* ». Cette « *dialectique historique ne supprimerait jamais le recours à la force, mais elle le transférerait à un niveau supérieur. Si l'on suppose une organisation mondiale qui, par définition, n'aurait plus d'ennemi extérieur, elle se dissocierait, à nouveau, par le jeu de conflits internes* »⁷⁶. Supprimer le concept d'ennemi et d'hostilité du champ politique n'est donc pas réaliste, selon R. Aron, en raison des « *dissociations* » internes d'une organisation mondiale intégrée, et même si celle-ci était parvenue à transférer le recours à la force à un niveau supérieur – du type du Conseil de sécurité des Nations unies.

Mais pour M. Delmas-Marty, il semble qu'un droit pénal de l'ennemi serait moins la conséquence

69 Jean-Paul SARTRE, *op. cit.*, p. 33.

70 Raymond ARON, *op. cit.*, p. 742.

71 *Ibid.*, p. 741.

72 *Ibid.*

73 *Ibid.*, p. 740.

74 *Ibid.*, p. 742.

75 *Ibid.*, p. 741.

76 *Ibid.*, p. 740.

anachronique de la survivance d'un *jus ad bellum* ou d'un *jus in bello* étatique – historiquement condamnée à disparaître s'il ne servait pas un *jus in bello* international – que celle de l'incapacité de la communauté internationale à résoudre juridiquement les conflits, par le jeu des responsabilités étatiques, personnelle ou territoriale : crime d'agression, crimes de masse, crimes contre l'humanité, génocides.

Plus avant encore, le droit pénal de l'ennemi s'imisce selon elle⁷⁷ dans le droit pénal classique en prenant trois formes caractéristiques, lui permettant de se dissimuler et de se dérober au concept classique de responsabilité. Il a pour premier moyen l'analogie : celle-ci prend deux formes, d'abord celle selon laquelle l'anti humanisme de la guerre est à l'ennemi ce que l'humanisme pénal est au criminel : une source de production ; ensuite, dans sa deuxième forme, l'analogie consiste à voir la dangerosité ou le risque, à l'origine du droit de l'ennemi, comme des motifs anticipés de rétention d'un individu, par analogie du présent avec le passé. Le droit de l'ennemi a pour second moyen l'état d'exception ou l'état d'urgence, c'est-à-dire la suspension provisoire des garanties de l'état de droit en raison de circonstances exceptionnelles : une guerre, une insurrection, une catastrophe naturelle ou une épidémie peuvent constituer ces « circonstances exceptionnelles », précisément en raison de l'urgence et de la nécessité qu'elles contiennent. Enfin, il a pour moyen la généralisation de la figure de l'ennemi au criminel d'une part, à l'homme dangereux d'autre part, enfin au risque d'agression.

Toujours selon M. Delmas-Marty, le droit de l'ennemi a pour conséquence la désindividualisation du droit, la déjudiciarisation du pouvoir, et enfin l'extension infinie de la légitime défense. Cette déjudiciarisation

du pouvoir n'est pas sans poser le problème de la coextension de la politique et du droit. Son optimisme méthodologique voit dans le développement de ce qu'elle a nommé un « droit pénal de l'inhumain », universalisable, un solide outil de résistance à l'usage du concept d'ennemi, et *a contrario* du droit pénal de l'ennemi. Ce modèle repose sur les interactions entre droit interne et droit international. M. Delmas Marty développe quatre axes pour développer ce droit pénal classique, et éviter l'émergence d'un droit pénal de l'ennemi :

- le premier consiste à « mieux intégrer, dans la justice pénale internationale, la richesse des droits nationaux, y compris en matière de sanction et de responsabilité, et mieux adapter les justices pénales nationales aux conditions du droit international, donc introduire dans le droit interne la définition des crimes, ou encore les règles d'attribution de la responsabilité »⁷⁸ ;
 - le second consiste à mieux reconnaître la « *spécificité des crimes contre l'humanité* », suivant l'article 7 du statut de la C. P. I. ;
 - le troisième consiste à substituer à la « *responsabilité collective* » celle des dirigeants de droit ou de fait, y compris intermédiaires et exécutants, et toute la hiérarchie. « *Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut* » (art. 25 § 1 du statut de la CPI) ;
- le dernier consiste à mettre en œuvre une réflexion sur la place du droit pénal dans « une politique de punition, mais aussi de prévention, de réparation et de réconciliation ».

Dès lors, et à l'aune des tensions sur les États et leur souveraineté, trois difficultés émergent : la première

77 Mireille DELMAS-MARTY, « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit », L'Annuaire du Collège de France [En ligne], 109 | 2010 ».

78 Mireille DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Revue de science criminelle*, 2009, p. 59.

consiste dans le fait que cet optimisme méthodologique repose sur une forme de surévaluation du droit international, différent du modèle étatique, car sans règle constitutionnelle, sans législateur, sans exécutif, et enfin sans juridiction obligatoire. Son caractère est éminemment volontaire. En ce sens, par exemple, non seulement le statut de la CPI n'oblige que les pays ayant ratifié le statut, mais il faut encore ajouter qu'un pays peut se désengager du statut par un acte de volonté symétriquement contraire. La seconde difficulté est l'expérience de la radicalité de la question politique – que faire? – radicalité face à laquelle l'exception a constitué une réponse juridique : l'exception a visé à inclure dans la règle ce qui lui échappe, « exception dans la règle » et non « exception à la règle ». La question de savoir comment les règles des états de droit aménagent, encadrent et limitent l'exception serait passionnante. Cette difficulté pratique, celle des indéterminations réelles que l'exception vise à prendre en charge, nous semble un argument majeur pour la conservation d'un concept *a minima* pratique de l'ennemi, laissant une hostilité de type morale et déterminée disparaître au profit d'une hostilité pratique et légale, mais indéterminée. Ainsi, et dans une troisième et dernière difficulté, s'il faut s'intéresser à ce que le droit constitutionnel aménage quand il permet un état dit d'urgence ou d'exception, sans le définir toutefois de manière précise, il convient de remarquer que le droit constitutionnel n'est pas la seule source de l'exception. La source des pouvoirs exceptionnels est, en France, l'article 16 de la Constitution : il limite leur exercice dans le temps et dans l'objet. Or le décret et la loi, moins encadrés, sont plus à même de participer à l'extension de l'exception et du droit pénal de l'ennemi.

2.2. Politiques de l'exception ou droits de l'exception?

Ce rôle central du concept d'exception est souligné par ceux qui ont réfléchi aux conditions

historiques d'émergence du droit pénal de l'ennemi⁷⁹. Qu'est-ce qu'une exception? C. Schmitt, après avoir défini la souveraineté comme « pouvoir de décider de et dans la situation d'exception », définit le cas d'exception comme « le cas non défini dans l'ordre juridique en vigueur »⁸⁰ et poursuit en affirmant qu'elle « peut tout au plus être désignée comme cas d'extrême nécessité, comme menace pour l'existence de l'État » mais qu'elle ne saurait être « circonscrite dans sa réalité empirique »⁸¹. Cette définition empêche que l'État de droit puisse s'en emparer, puisque la notion d'exception elle-même implique une illimitation du contenu de la compétence, illimitation incompatible avec l'État de droit, sauf à le limiter par un avis, comme le fait l'article 16 de la constitution française.

La question qui se pose ici est celle de l'encadrement de l'exception au sein du droit constitutionnel, par un tiers-pouvoir au sens de Marcel Gauchet⁸², soit par des mécanismes de limitation temporelle, soit par des mécanismes de contrôle matériel, permettant de limiter la souveraineté tout en la maintenant toujours. C'est le paradoxe du « gardien du gardien »⁸³ souligné par V. Descombes. Il en indique la raison principale, qui consiste à penser la souveraineté comme volonté de l'autorité la plus élevée, dans un schéma linéaire d'une échelle de commandement. Pour résoudre ce paradoxe,

79 Nous citons à titre d'exemples : Giorgio AGAMBEN, *État d'exception*, trad. Joël Gayraud, Paris, France, Éditions du Seuil, 2003, 151 p. Mireille DELMAS-MARTY, *op. cit.* Jacques DERRIDA, *Politiques de l'amitié*, Paris, France, Galilée, 1994, 423 p. ou le numéro de la Revue *Tracés*, dir. Samuel Hayat et Lucie Tangy, « Exception(s) », *Tracés*, n° 20, juillet 2011, p. 5-27.

80 Carl SCHMITT et Jean-Louis SCHLEGEL, *op. cit.*, p. 17.

81 *Ibid.*

82 Marcel GAUCHET, *La révolution des pouvoirs : la souveraineté, le peuple et la représentation : 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995.

83 Vincent DESCOMBES, *Le raisonnement de l'ours : et autres essais de philosophie pratique*, Paris, France, Éd. du Seuil, 2007, 455 p., ici p. 355.

il faut donc amender la théorie de la souveraineté, et quitter la linéarité, en élaborant des déplacements déterminés de l'autorité souveraine de type non linéaire, ces déplacements permettant d'invalider d'éventuelles corruptions de la loi. En effet, la suppression théorique et pratique d'un droit pénal de l'ennemi repose en fait sur la possibilité théorique et pratique de supprimer l'exception, voire l'exceptionnalité même de l'hostilité, quelle que soit la forme que celle-ci revête. Qu'elle soit définie au sens de C. Schmitt comme « conventionnelle », « réelle » ou « absolue » ; qu'elle soit définie au sens du droit pénal de l'ennemi comme « dangerosité » ou « risque d'agression ». Ici, c'est l'appréciation du « danger » ou du « risque » qui est décisive, puisque cette appréciation est le fait générateur de l'exception. Or la réduction de l'hostilité ne peut être pensée indépendamment de son corollaire politique qu'est l'amitié. Car le règlement pacifique des différends et la décision de l'exception relèvent en eux-même d'une *Politique de l'amitié*, pour paraphraser le titre de l'ouvrage de J. Derrida. Cette politique de l'amitié est subordonnée selon lui à la politique schmittienne qui « *traverse toute autre région du monde humain* »⁸⁴ et rend la neutralité impossible : la réponse à la question « qui est l'ennemi ? » est, relève-t-il, et selon C. Schmitt, « *présupposition toujours présente* », « *possibilité de cette éventualité décisive, celle du combat effectif* ». Ainsi, la neutralité suisse ne supprime ni l'hostilité à la Suisse, ni l'armée suisse. L'ennemi est par conséquent défini par l'exceptionnalité d'une effectivité, qu'aucune neutralité ne saurait supprimer tout à fait.

Le droit de la guerre présuppose en effet que les conflits se ressemblent. Or J. Derrida, commentant C. Schmitt et Aristote, écrit que « *l'exception est la règle de ce qui arrive* »⁸⁵, la détermination de l'ennemi reposant selon lui en somme sur l'exceptionnalité d'un

événement. Cette exceptionnalité coïncide dans une certaine mesure avec la « *nature des choses, puisque par leur essence même la matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité* »⁸⁶. L'exception est prise en charge de l'irrégularité. Dans le texte dont cette citation est extraite, Aristote ne fait que préciser les types du juste selon l'équité et selon l'équitable, cette dernière étant définie comme « *correctif de la justice légale* ». Ce correctif n'est pas un produit quelconque selon Aristote : « *de ce qui est, en effet, indéterminé, la règle aussi est indéterminée* ». Il introduit à cette occasion deux types de correctif permettant la prise en charge de l'indétermination : l'interprétation de type jurisprudentielle⁸⁷ et le décret. Dès lors, l'encadrement des pouvoirs jurisprudentiels et de la législation par décret apparaissent dès lors comme les moyens pratiques de limiter l'extension de l'exception et les corruptions du droit résultant des situations juridiquement indéterminées.

L'argument concernant le passage de la situation normale de l'État de droit, où l'exception n'a pas de puissance normative, à la situation exceptionnelle, est nommée « induction sociale » par E. R. Zaffaroni⁸⁸. Cette induction, qualifiée de « sociale », semble de portée limitée, parce que les déplacements du droit pénal semblent nécessaires lorsque son objet est exceptionnel. Par conséquent, un droit pénal de l'ennemi, pour autant qu'il émerge, n'émergerait que comme transition entre une exception passée et une exception à venir. La question

86 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 14, 1137 b, trad. Jules Tricot, Paris, France, J. Vrin, 2007, 577 p.

87 *Ibid.*, p. 267 : « quand par suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question ».

88 Eugenio Raúl ZAFFARONI, *op. cit.*

84 Jacques DERRIDA, *op. cit.*, p. 148.

85 *Ibid.*, p. 151.

de savoir si, en se fondant sur une induction, l'exception passée justifierait la transition vers une exception à venir est de l'ordre d'une induction purement pratique. Aucune induction nécessaire ne saurait être parfaitement fondée, les logiques de risque et de dangerosité étant d'ordre probabiliste.

Il y a lieu de se demander, par suite, si l'usage de l'exception en droit pénal n'est pas d'un usage régulateur ou régulier, et si, dès lors que l'exception est prévue par la généralité d'une Constitution ou d'une loi – contrairement à la dérogation, mais nous parlons sous le contrôle des juristes pénalistes – ces deux types de normativité ne doivent pas dès lors être soigneusement distingués. Par où des mesures normatives limitent-elles excessivement les libertés? Par la dérogation ou par l'exception? La dérogation est le moyen, selon M. Delmas-Marty, de contourner progressivement l'état de droit: or la dérogation n'est pas prévue par la généralité, contrairement à l'exception. L'exercice et l'usage de l'exception est plus ou moins limitée, *ratione materiae* et *ratione temporis*, et par contrôle externe, contrôle de légalité, contrôle de constitutionnalité, ou par recours. Ainsi, le pouvoir d'exception défini à l'article 16 de la constitution française de la V^e République française est une exception illimitée *ratione materiae* et peu limitée *ratione temporis*, contrôlée de manière externe par le Conseil Constitutionnel, et tout à fait différente des exceptions contenues dans les normativités par décret, par la loi, par la jurisprudence, qui peuvent être l'objet de recours.

La modalité logique de l'exception est déterminante pour en apprécier les éventuels excès: si le déplacement du droit pénal de l'ennemi hors de l'état d'exception est «possible», il manque son objet. L'on touche ici, pour ce qui nous concerne, à une forme d'aporie, puisqu'un droit pénal de l'ennemi ne saurait être que «nécessaire», et tirer sa nécessité de la pure exceptionnalité d'un événement présent ou à venir, voire

d'un risque particulièrement élevé de conflit ou d'un danger imminent et particulièrement grave. Or, et c'est ici que se trouve l'aporie, si l'exception est indéterminée en son principe, elle ne saurait donc fonder un droit en toute nécessité, le concept de nécessité impliquant une double négation ontique – du type «ne peut pas ne pas être», ou une probabilité tendant vers un. Par suite, le droit de l'ennemi ne peut être justifié de manière théorique par un droit d'exception, mais seulement de manière pratique par une probabilité indéterminée.

Conclusion

L'un des enjeux animant la réflexion sur le droit pénal et la politique de l'ennemi semble désormais de savoir si cette réflexion se présente comme purement théorique et *ex principis*, ou comme une réflexion pratique et *ex datis* capable d'influencer la conduite des États et des organisations internationales. Un raisonnement pratique, tel que le définit V. Descombes⁸⁹ à la suite de Max Weber et d'Aristote «consiste à tirer l'action elle-même (et non une simple opinion sur ce qu'il faudrait faire) de prémisses énonçant un problème pratique»⁹⁰, car «un raisonnement qui déduit un devoir particulier d'un principe normatif général n'est pas directement pratique puisqu'il se borne à interdire certaines actions sans en commander positivement aucune»⁹¹. Dans cette mesure, nous formulons la thèse selon laquelle un concept pratique d'ennemi est rendu nécessaire, mais pas un concept théorique; parallèlement, que l'hostilité est un concept plus politique que juridique, principalement issu des faits de souveraineté. Selon notre analyse, le concept d'ennemi n'est pas un concept

89 Vincent DESCOMBES, *Le raisonnement de l'ours : et autres essais de philosophie pratique*, Paris, France, Éd. du Seuil, 2007, 455 p., ici p. 85 à 136, et spécialement l'appendice sous forme de «Note sur le syllogisme pratique».

90 *Ibid.*, p. 447.

91 *Ibid.*

théorique qu'il faudrait définir et dont le contenu serait déterminé *a priori*, mais un concept purement pratique qui a pour fonction de diriger l'action dans des contextes politiques où le droit ne commande positivement aucune action; en tant que concept, il est composé de non-droit, et il peine, par l'indétermination de sa fonction, à trouver son droit. Aussi faut-il tempérer l'usage d'un concept d'ennemi qui ne serait pas un concept pouvant s'inscrire dans un raisonnement pratique, c'est-à-dire dans une action politique dont les paramètres sont la libéralité des acteurs, la souveraineté des acteurs et la finalité de leurs actions.

Dès lors, le droit ne peut traduire cette limitation de l'hostilité à un sens purement pratique qu'en la proscrivant des normes générales du droit, lesquelles impliqueraient d'en déterminer le concept théoriquement et d'en définir tout le contenu possible. Cet usage pratique de l'hostilité est rendu nécessaire par la politique de la souveraineté: l'inscription de l'hostilité dans le droit ne peut être juridiquement acceptable que dans un droit d'exception encadré *ratione materiae* et *ratione temporis*, droit d'exception qui lui-même relève de la souveraineté politique.

La décision de l'exception appartient à la politique, non au droit, l'empire de ce dernier étant par définition déterminé, mais incapable d'anticiper *a priori* la totalité des événements empiriques. Les limitations de l'exception appartiennent, quant à elle, au droit.

Savoir s'il faut contester aux États, plus ou moins capables de souveraineté, la décision de l'exception, participe de ce contexte de tensions sur l'étatité, ou de perte de légitimité des États. C'est une autre manière de reposer la question d'un ordre juridique souverain et alternatif à l'État, ou celle de procédures de contrôles, interne et externe, de l'exercice de la souveraineté.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- AGAMBEN, Giorgio, [2003] *État d'exception*, trad. Joël Gayraud, Paris, France, Éditions du Seuil, 151 p.
- ARISTOTE, [1993] *Les politiques*, Traduction, préface et notes Pierre Pellegrin. Paris, France, éd. Flammarion, 575 p. ARISTOTE [2007] *Éthique à Eudème*, trad. Vianney Décarie, Paris, France, J. Vrin, 299 p. ARISTOTE, [2007] *Éthique à Nicomaque*, trad. Jules Tricot, Paris, France, J. Vrin, 577 p. ARON, Raymond, [2004, (1962)], *Paix et guerre entre les nations*, Paris, France, Calmann-Lévy, 794 p. ASCENSIO, Hervé [2010] «L'extraterritorialité comme instrument», *Rapport aux Nations-Unies*, 19 p. BALAKRISHNAN, Gopal, [2006] *L'ennemi: un portrait intellectuel de Carl Schmitt*, trad. Diane Meur, Paris, France, Éd. Amsterdam, 403 p. DELMAS-MARTY, Mireille, [2009] «Violence et massacres: entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain», *Revue de science criminelle*, éd. Dalloz, p. 59.
- DELMAS-MARTY, Mireille, [2010] «« Études juridiques comparatives et internationalisation du droit », *L'annuaire du Collège de France* [En ligne], 109/2010 », [En ligne: <http://annuaire-cdf.revues.org/374>].
- DERRIDA, Jacques, [1994] *Politiques de l'amitié*. Paris, France, éd. Galilée, 418 p. DERRIDA, Jacques et HABERMAS, Jürgen, [2004] Le «concept» du 11 septembre, dialogues à New-York (octobre-novembre 2001) avec G. Borradori. Paris, Galilée, 244 p.
- DESCOMBES, Vincent, [2007] *Le raisonnement de l'ours: et autres essais de philosophie pratique*, Paris, France, Éd. du Seuil, 455 p.
- DE VRIES, Erik, «Alexandre Kojève - Carl Schmitt correspondence and Alexandre Kojève, colonialism from a European perspective», *Interpretation*, vol. 29 / 1, p. 91-115.
- FERRY, Jean-Marc, [2006] «Du politique au-delà des nations», *Politique européenne*, n° 19, juin 2006, p. 5-20.
- FOUCAULT, Michel [2010] *Il faut défendre la société: cours au Collège de France, 1975-1976*, éd. Mauro Bertiani et Association pour le Centre Michel Foucault, Paris, Seuil, 283 p.
- FUKUYAMA, Francis, [2005] *State building: gouvernance et ordre du monde au XXI^e siècle*, trad. Denis-Armand Canal, Paris, France, la Table ronde, 198 p.
- FUKUYAMA, Francis, [2004] «The imperative of state-building», *Journal of Democracy*, vol. 15 / 2, avril 2004, p. 17.
- GAUCHET, Marcel, [1995] *La révolution des pouvoirs: la souveraineté, le peuple et la représentation: 1789-1799*, Paris, Gallimard, 304 p.
- GAULME, François, [2011] «'États faillis', 'États fragiles': concepts jumelés d'une nouvelle réflexion mondiale», *Politique étrangère*, Printemps, avril 2011, p. 17-29.
- HABERMAS, Jürgen, [2000] *Après l'État-nation: une nouvelle constellation politique*, Paris, éd. Fayard, 157 p.
- HAYAT, Samuel et TANGY, Lucie, [2011] «Exception(s)», *Tracés*, n° 20, juillet 2011, p. 5-27.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich et FRICK, Jean-Paul, *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'état en abrégé*, trad. Robert Éditeur scientifique Derathé, Paris, France, J. Vrin, 1982, 370 p.
- HEUSER, Béatrice [2011] *The evolution of strategy: thinking war from antiquity to the present*, Cambridge University Press, 593 p. KANT, Immanuel, *Vers la*

- paix perpétuelle : et autres textes*, trad. Françoise Proust et Jean-François Poirier, Paris, France, Flammarion, 1991, 206 p.
- KERVÉGAN, Jean-François, [2011] *Que faire de Carl Schmitt?*, Paris, France, Gallimard, 328 p.
- PERRIN DE BRICHAMBAUT, Marc, DOBELLE, Jean-François et COULÉE, Frédérique, [2011] *Leçons de droit international public*, Paris, France, Presses de Sciences Po : Dalloz, 701 p.
- RAWLS, John [1997, (1971)] *Théorie de la justice*, trad. Catherine Audard, Paris, France, Éd. du Seuil, 665 p.
- RENAUT, Alain [2001], *Les philosophies politiques contemporaines (depuis 1945)*, Paris, Calmann-Lévy, 500 p.
- SCHMITT, Carl et FREUND, Julien [1985, (1941)] *Terre et mer : un point de vue sur l'histoire mondiale*, trad. Jean-Louis Pesteil, Paris, France, Le Labyrinthe, 121 p.
- SCHMITT, Carl, [1992, (1932)] *La notion de politique* suivie de *Théorie du partisan*. Paris, éd. Flammarion, 323 p.
- SCHMITT, Carl et ZARKA, Yves Charles, [2009] *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, trad. Denis Trierweiler, Paris, France, Presses universitaires de France, 197 p.
- SIMON, Denys, [2001] *Le système juridique communautaire*, 3^e édition, Paris, Presses universitaires de France, 779 p.
- SPINOZA, Baruch, [1997, (1665)] *Traité théologico-politique*. Paris, Flammarion, 380 p.
- SUR, Serge, [2005] « Sur les États défailants », revue *Commentaire*, hiver 2005, p. 891.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, [2009] « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *Revue de science criminelle*, éd. Dalloz, p. 43.

LA NOTION D'*HOMO SACER* EST-ELLE À L'ORIGINE DU DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI ?

LAURENT REVERSO*

Le point de départ de l'interrogation réside dans la thèse soutenue par Giorgio Agamben dans *Homo sacer* et *État d'exception* : dans le premier ouvrage, poursuivant et développant les travaux de Michel Foucault sur la notion de « biopolitique », Agamben exprime l'idée d'une extension de cette biopolitique à tous les domaines de la vie actuelle sur l'ensemble de la planète. Il fait de la biopolitique et de sa manifestation historique, le camp de concentration, le paradigme de la politique actuelle¹. S'attachant également à retracer la généalogie de ce paradigme, il pense trouver les origines de ce phénomène dans l'idée de souveraineté donc d'état d'exception et *in fine* dans la notion issue du droit romain archaïque de l'*homo sacer* qui préfigurerait tout le schéma.

Dans le second ouvrage, Agamben fait logiquement le lien entre état d'exception, donc souveraineté, devenus règle, norme, et droit pénal de l'ennemi : « La signification immédiatement biopolitique de l'état d'exception comme structure originale où le droit inclut en soi le vivant à travers sa propre suspension apparaît clairement dans le *military order* édicté par le président des États-Unis le 13 novembre 2001, qui autorise l'*indefinite detention* et le procès devant des *military commissions* (à

ne pas confondre avec les tribunaux militaires prévus par le droit de la guerre) des non-citoyens suspectés d'être impliqués dans des activités terroristes »².

Pour savoir si la notion d'*homo sacer* est à l'origine du droit pénal de l'ennemi, il faut dans un premier temps d'abord savoir ce qu'est un *homo sacer* à Rome mais il faut également savoir comment les Romains ont appréhendé l'ennemi. Il faut enfin envisager ce qu'est le droit pénal à Rome. On a conclu sur la notion de droit pénal de l'ennemi comme réalité (davantage que comme concept) de la modernité radicale, totalement hors de la logique et de la pratique romaine antique.

Par souci de concision, on tiendra pour connue la notion de droit pénal de l'ennemi telle que développée par Günther Jakobs, et surtout les manifestations concrètes de cette monstruosité juridique³.

I. *Homo sacer*

Agamben s'appuie sur un passage de Festus, *De verborum significatione*, pour définir l'*homo sacer* comme une figure cohérente malgré la double prescription négative dont il fait l'objet : l'interdiction de le sacrifier,

* Professeur d'Histoire du Droit, Université de Toulon.

1 Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1997, pp. 179 et ss.

2 Giorgio AGAMBEN, *État d'exception*, Paris, Seuil, 2003, pp. 12-13.

3 Günther JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 1/2009, pp. 7 et ss.

l'absence de sanction pour qui le tuerait. Pour Agamben, cette double exclusion est totalement cohérente avec « la structure de l'exception souveraine »⁴.

Voici le texte de Festus, mais complet, puisqu'Agamben ne le cite que jusqu'à « méchant et mauvais » : « Mais on donne l'épithète de *sacer* à l'homme que le peuple a jugé pour un crime ; il n'est pas permis de l'immoler, mais celui qui le tue n'est pas condamné comme parricide : car la première loi tribunitienne porte cette disposition : *Si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit* (si quelqu'un tue un homme qui a été déclaré sacré par plébiscite, il ne sera pas considéré comme parricide). De là, dans le langage familier, on appelle *sacer* tout homme méchant et mauvais. Gallus Elius dit que l'on appelle *sacer* tout ce qui a été consacré d'une manière quelconque et par une disposition de la Cité (*instituto ciuitatis*), que ce soit un temple, un autel, une statue, un emplacement, de l'argent, ou toute autre chose qui a été dédiée et consacrée aux dieux ; il ajoute que la partie de leurs biens que des particuliers vouent aux dieux par un principe de religion privée n'est point considéré comme sacré par les pontifes romains. Mais si quelque acte religieux des particuliers a été accepté, de manière à être accompli par l'ordre des pontifes en un jour fixé ou en un lieu déterminé, cet acte est appelé *sacer*, comme un sacrifice ; le lieu où doivent se faire ces cérémonies religieuses des particuliers ne paraît guère devoir être regardé comme *sacer* »⁵.

4 Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer*, op. cit., p. 92.

5 « At homo sacer is est, quem populus iudicauit ob maleficium ; neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidii non damnatur, nam lege tribunicia prima cauetur, « *Si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit* » ; ex quo quiuis homo malus, atque improbus sacer appellari solet. Gallus Aelius ait sacrum esse, quocumque modo atque instituto ciuitatis consecratum sit, siue aedis, siue ara, siue signum, siue locum, siue pecunia, siue quid aliud, quod diis dedicatum atque consecratum sit : quod autem priuati suae religionis causa aliquid earum rerum Deo dedent, id pontifices Romanos non existimare sacrum ; at si qua sacra priuata

On remarque d'emblée que l'affirmation de Giorgio Agamben selon laquelle la violence à l'encontre de l'*homo sacer* ne peut être considérée comme l'exécution d'une condamnation est absolument erronée. Il y a forcément eu condamnation et même jugement par le peuple. En outre, la désignation d'un homme ou d'une chose comme *sacer* relève d'une décision collective (le peuple, la cité) ou publique (les temples, les cérémonies religieuses). En d'autres termes, la désignation comme *sacer* est le fruit d'une exclusion ou d'un bannissement de la communauté civique, que ce soit pour un motif positif, religieux (puisque ainsi le bien devenu *sacer* échappe à toute appropriation autre que collective), soit pour un motif judiciaire, négatif (puisque l'*homo sacer* peut être tué par tout un chacun)⁶. À l'évidence, le fait d'avoir tronqué la citation de Festus enlève tout de même beaucoup à l'interprétation de la notion de *sacer*.

Le droit romain archaïque, singulièrement la Loi des XII tables, interdit que l'on mette un homme à mort sans condamnation juridique⁷. C'est également

succepta sunt, quae ex instituto pontificum stato die, aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tanquam sacrificium ; ille locus, ubi ea sacra priuata facienda sunt, uix uidetur sacer esse ».

6 La question du bannissement et les parallèles médiévaux sont soulignés par Robert JACOB, « La question romaine du sacer. Ambivalence du sacré ou construction symbolique de la sortie du droit », *Revue Historique*, 3/2006, pp. 524 et ss., qui note justement que ces formes d'exclusion, qui sont liées à une conception étroitement civique du politique, ne survivent pas à une appropriation de la violence légitime par la collectivité publique, même s'il ne s'agit pas encore d'un État ; Roberto FIORI, *Homo Sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 73 et ss., soutient pour sa part de façon convaincante l'hypothèse d'une origine commune, indo-européenne, du phénomène de bannissement, dont l'*homo sacer* serait la variante romaine.

7 *Les lois des Romains*, 7^e édition par un groupe de romanistes des « Textes de droit romain », Tome II, de P. F. Girard et F. Senn, Napoli, Jovene editore, 1977, p. 46 [68] : XII Tab., IX, 8, « Interfici indemnatum quemcumque hominem etiam XII tab. decreta

ce que l'on perçoit dans le texte de Festus. En d'autres termes, on ne peut être déclaré *sacer* sans une procédure régulière, il s'agit bien d'une sanction juridique au sens plein du terme, le seul élément particulier étant le mode d'exécution de la peine qui paraît inconcevable dans le cadre de la séparation des pouvoirs et du cantonnement du citoyen au rôle de spectateur de la vie publique. Dans le cadre Romain, dans lequel le citoyen est une « autorité politique déconcentrée », permettre à un citoyen par essence détenteur d'une partie de l'autorité publique d'exercer une fonction judiciaire d'exécution n'est absolument pas surprenant, simplement parce que le droit romain ne connaît pas la séparation rigide entre droit public et droit privé, typique de l'idéologie libérale⁸.

La figure de l'*homo sacer* est double, non pas en soi comme il résulte à première vue de la définition de Festus, mais selon le point de vue que l'on adopte. D'un point de vue *religieux*, l'*homo sacer* ne peut faire l'objet d'un sacrifice car impur puisqu'ayant porté atteinte à la *sacrosanctitas* des tribuns ou de la plèbe, il souillerait celui qui s'en servirait ainsi. D'un point de vue *juridique*, le fait de le tuer n'expose pas l'exécutant à un procès devant le peuple : logique parallélisme des formes puisque l'atteinte à la *sacrosanctitas* du peuple enlève au coupable la protection du peuple, la *provocatio ad populum*. En ce sens, il est possible de comprendre la définition de Festus non pas comme étant contradictoire, mais compréhensive. Festus peut très bien avoir recueilli

les deux points de vue ou les deux perceptions sans les opposer, en bon scribe⁹.

D'un autre point de vue, si l'on retient que Festus ne faisait pas que recopier deux interprétations mais une seule, la logique romaine anticipe alors celle de la physique quantique (dont le caractère « contre intuitif » est bien connu), en vertu de laquelle certains éléments ont une dimension corpusculaire (fixe) et ondulatoire (fonctionnant sur la probabilité) en fonction de la position de l'observateur, comme dans la fameuse expérience du chat de Schrödinger où ce dernier apparaît en même temps comme mort et vivant. Il est possible que Festus ait eu l'intuition de cette double logique simultanée et que la pensée antique en général l'ait eue. Ce ne pouvait être qu'une intuition étant donné l'état de la science d'alors, mais cela ne constituerait pas un cas unique dans l'histoire de la pensée et de la science : le prix Nobel de Physique 2013 a en effet attribué à des chercheurs travaillant sur une intuition remontant à 1964 ans mais qui n'avait pu être démontrée faute de moyens jusqu'à présent¹⁰.

II. Étranger et ennemi

La définition de la notion d'étranger à Rome est d'abord négative en ce sens qu'elle ne peut se définir vraiment que *par rapport* à la citoyenneté. L'étranger est celui qui n'est pas citoyen. Du reste, la frontière entre étranger et citoyen, *peregrinus* et *civis romanus*, n'est pas rigide puisqu'il existe plusieurs catégories intermédiaires, comme les *Latini* avec lesquels les Romains ont une communauté de culture, ou encore les *Socii*, les peuples

vetuerunt » ; « Les décrets des XII Tables défendent de mettre à mort un homme sans condamnation juridique (Salv., *Gub.*, 8, 5) ».

8 Cette même thèse de l'exclusion du jugement est reprise par Robert JACOB, « La question romaine du sacer », art. cit., p. 523, pour être contredite immédiatement, p. 524. Sur la question de la participation du peuple à l'exercice de la justice, Jérôme FERRAND, « La justice aux Sans-Culottes ! Propos libres sur la loi du 10 août 2011 et ses glossateurs », *L'Inscible*, 3/2012, pp. 281-325.

9 À ce sujet les lacunes de l'ouvrage et les vicissitudes de sa composition sont éclairantes : Sexti Pompei Festi, *De verborum significatu quae supersunt. Cum Pauli epitome*, ed. Wallace M. Lindsay, Stuttgart-Leipzig, Teubner, 1913 (1997).

10 David LAROUSSERIE, « Le prix Nobel de physique pour la découverte du boson de Higgs », *Le monde. fr*, 8/10/2013.

associés ayant vocation à devenir Romains¹¹. Il y a donc chez les Romains une définition générale de l'étranger (*peregrinus*) mais cet étranger n'est jamais un étranger abstrait, réductible à une catégorie juridique abstraite¹². L'étranger à Rome est toujours un étranger concret, tout comme le citoyen est un citoyen concret. Cela est d'ailleurs confirmé par la linguistique¹³.

Le mot *peregrinus* n'est toutefois pas le premier à avoir été employé pour désigner l'étranger, mais plutôt *hostis*. Le mot *hostes* avait à l'origine le sens d'étrangers-égaux, tandis que *perduelles* était seul employé pour désigner ceux avec qui les Romains étaient en guerre¹⁴. Il est fascinant de noter que ce même terme de *perduellio* signifiera plus tard « trahison », ce qui montre parfaitement bien que les Romains avaient *a priori* une relation d'amitié avec les autres peuples, l'état de guerre n'étant pas un état naturel, mais résultant précisément de la trahison de la confiance naturelle qui devrait régner entre tous les hommes.

11 Henri LAVALLETTE-SIMON, *De la condition des étrangers à Rome et en France*, Rouen, Espérance Cagniard, 1880, p. 5 ; Pierangelo Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano I*, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 270 et ss.

12 J. S. RICHARDSON, « Les « peregrini » et l'idée d'empire sous la République romaine », *RHD*, 2/1990, pp. 148-149.

13 Émile BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 1. économie, parenté, société*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1969, pp. 360-361 : « La notion d'étranger ne se définit pas dans les civilisations antiques par des critères constants, comme dans les sociétés modernes. Quelqu'un né ailleurs, à condition qu'on soit lié avec lui par certaines conventions, jouit de droits spécifiques, qui ne peuvent être reconnus aux citoyens du pays même : c'est ce que montre le grec *xénos* « étranger » et « hospité », c'est-à-dire l'étranger bénéficiant des lois de l'hospitalité. D'autres définitions sont disponibles : l'étranger est « celui qui vient du dehors », lat. *aduena* ou simplement « celui qui est hors des limites de la communauté », lat. *peregrinus*. Il n'y a donc pas d'« étranger » en soi. Dans la diversité de ces notions, l'étranger est toujours un étranger particulier, celui qui relève d'un statut distinct ».

14 Henri LAVALLETTE-SIMON, *De la condition des étrangers à Rome et en France*, *op. cit.*, p. 6.

La conception romaine d'un droit supranational des relations entre cités¹⁵ et fondé sur la liberté et l'égalité, implique que les concepts juridiques d'amitié et de fraternité typiques du droit romain, s'opposent radicalement à la vision d'un droit international fondé sur la souveraineté des États reposant sur l'idée implicite de guerre de tous contre tous, la paix ne résultant dans ce contexte que d'un traité, la guerre et l'hostilité étant plutôt naturelles que la paix et l'amitié. C'est ainsi que César et Cicéron affirment que les Gaulois Eduens furent considérés *fratres et consanguinei* « frères de sang » par les Romains¹⁶. Ces derniers savaient évidemment que ce n'était pas le cas, mais l'alliance était forte au point d'utiliser ce vocabulaire familier.

Ce n'est donc que lorsque Rome a systématisé sa politique de conquêtes, sans doute au III^e siècle avant notre ère, que le mot *hostis* a pris le sens d'ennemi tandis qu'apparaît une nouvelle façon de désigner l'étranger : *peregrinus*. C'est ce qui ressort en particulier de Varron, *De lingua latina*, 5, 3 : « L'étymologie a ses obscurités [...] parce que beaucoup de mots ont changé de signification, comme *hostis*, par exemple, qui désignait autrefois un étranger vivant sous d'autres lois (*qui suis legibus uteretur*) et désigne aujourd'hui ce qu'on entendait alors par *perduellis* »¹⁷.

15 Pierangelo CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano I*, *op. cit.*, pp. 65-88.

16 CÉSAR, *De bello Gallico*, 1, 33, 2 ; CICÉRON, *Epistulae ad familiares*, 7, 10, 4.

17 Voir aussi, VARRON, *De lingua latina*, 5, 33 & 7, 49. Lex XII Tabularum, VI, 5 : « On nommait *Hostis*... chez nos aïeux, celui que maintenant nous nommons *peregrinus*, étranger. Les XII Tables portent : vis-à-vis de l'étranger que la garantie soit perpétuelle (Cic., *de off.*, 1, 12, 37) » ; « 'Hostis' apud maiores nostros is dicebatur quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII Tab. –adversus hostem aeterna auctoritas esto ». Cela qui signifie qu'un étranger ne peut prescrire une chose appartenant à un citoyen romain. Voir aussi FESTUS, *De verborum significatione*, 414, v° Status dies : « On appelle ainsi le jour fixé pour une affaire judiciaire avec un étranger.

L'évolution est démontrée sur le plan de la linguistique par le fait qu'à l'origine tous les emplois du mot *hostis* ainsi que ceux de ses dérivés ont pour sens «compenser», «égaliser», ce qui se retrouve dans le contexte du droit avec Festus qui explique que les *hostes* étaient *pari iure cum populo Romano*, «de même droit que les Romains». Du coup, Émile Benveniste peut conclure que «cette reconnaissance de droits implique un certain rapport de réciprocité, suppose une convention : n'est pas dit *hostis* quiconque n'est pas romain. Un lien d'égalité et de réciprocité est établi entre *cet* étranger et le citoyen de Rome, ce qui peut conduire à la notion précise d'hospitalité. En partant de cette représentation, *hostis* signifiera «celui qui est en relation de compensations» ; ce qui est bien le fondement de l'institution d'hospitalité»¹⁸.

Il y a toutefois un élément que l'on doit contester dans la démonstration de Benveniste¹⁹, celui consistant à penser que le fondement des rapports entre Romains et étrangers ne saurait être que conventionnel ; l'idée selon laquelle les rapports entre peuples divers n'avaient dans l'Antiquité pour base que le traité, la convention, signifie

Car les hommes de ce genre étaient appelés *hostes* par les anciens, parce qu'ils étaient égaux en droit avec le peuple romain, et que le mot *hostire* s'employait comme synonyme d'*aequare*» ; Pierangelo CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano I*, op. cit., p. 71. Autre exemple dans Plaute, *Le charançon (curculio)*, 1, 5-6.

18 Emile BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 1. économie, parenté, société*, op. cit., pp. 93-94.

19 Qui est aussi et d'abord celle de Theodor MOMMSEN, *Le droit public romain*, VI, 2, pp. 206 et ss. (dans le chapitre intitulé «Rome et l'étranger»), efficacement critiquée par Pierangelo CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano I*, op. cit., pp. 51 et ss. On peut lire Mommmsen pp. 206-207, en remarquant à quel point sa position est idéologique et oubliée à la fois Festus et Varron : «Selon la conception du droit romain, ce qui constitue la règle en face de l'étranger, c'est l'absence réciproque de droit, considérée aussi parfois moins exactement comme un état de guerre permanent ; l'existence de rapports internationaux est une exception, introduite seulement par un accord des deux parties et ne s'étendant pas au-delà des bornes de cette convention».

que l'on adhère à la thèse de l'hostilité naturelle entre les peuples, alors qu'on l'a vu, c'est exactement l'inverse que l'on constate à Rome : la relation normale est celle de l'amitié²⁰.

Autrement dit, il faut renverser le raisonnement d'Émile Benveniste et dire au contraire que la convention ne constitue pas le fondement mais bien la conséquence de l'égalité de droit. En ce sens, le traité est un possible, et la concrétisation d'un rapport d'égalité entre Romains et *hostes*. L'absence de traité ne signifie pas alors hostilité, encore moins hostilité naturelle, mais simplement absence de rapports. Du reste, si l'on veut pousser l'analyse encore plus loin, l'existence d'un droit très particulier à Rome, le *ius fetiale*, qui est le droit des prêtres fétiaux chargés notamment des déclarations de guerre, montre que «pour les Romains, des rapports juridiques avec les autres peuples existaient même indépendamment de l'existence de traités»²¹.

Reste le barbare. N'incarnerait-il pas l'autre absolu, celui avec lequel seule l'hostilité serait de mise ? Ne serait-il pas le véritable *homo sacer* au sens moderne employé par Giorgio Agamben ? Ne serait-il pas celui qui, tel le prisonnier de Guantanamo ou des camps de concentration, pourrait voir sa vie librement prise par le civilisé romain ?

Synthétiquement, on peut dire que le barbare n'a jamais de définition géographique ou raciale, mais une définition culturelle. Le *barbarus* est d'abord celui qui ne vit pas politiquement, dans une *civitas*²². Et de citoyen, *civis*, à civilisé, on voit facilement qu'il n'y a qu'un pas, celui qui distingue l'état civil de l'état de nature. Cicéron, juriste rigoureux, définit toujours les barbares à partir de

20 Pierangelo CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano I*, op. cit., p. 8.

21 Idem, p. 15.

22 Jean GAUDEMET, «Les Romains et les "autres"», *La nozione di "Romano" tra cittadinanza e universalità*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, p. 19.

critères linguistico-culturels²³. Souvent aussi, le barbare est celui qui refuse de se soumettre à l'autorité de Rome, l'*imperium populi Romani*²⁴.

Toujours animés par une conception concrète du droit et de la vie en général, les Romains ont établi une hiérarchie à l'intérieur même de la notion d'étranger de la même manière qu'existe une hiérarchie à l'intérieur de la citoyenneté²⁵. L'égalité dont on parlait en principe à l'égard de l'étranger, existe surtout entre égaux et il faut dire que les Romains ne considèrent pas les barbares comme des égaux. Ils ne sont donc pas égaux en droit (*pari iure*) comme les étrangers proches des Romains. Ils ne sont pas pour autant dénués de droit puisqu'ils peuvent conclure des traités avec Rome.

À cet égard, Cicéron parle de traités passés avec des peuples barbares comme les Germains, les Helvètes, les Insubres, et autres « barbares de la Gaule » (*ex Gallia barbarorum*) dans lesquels, à titre d'exception, on stipule que les membres de ces populations ne pourront pas accéder à la citoyenneté romaine. Mais Cicéron confirme immédiatement après qu'il ne s'agit – au sens propre – qu'une exception, dans la mesure où dans le cas où un traité ne le stipule pas expressément, l'accès à la citoyenneté est toujours permis : et de citer l'exemple de Gadès en Espagne²⁶.

Le barbare, tant pis pour la thèse de l'*homo sacer*, est donc titulaire de droits, est même sujet de droit ; simplement il n'a pas des droits égaux. Paradoxalement, c'est dans un contexte où l'égalité est l'idéologie dominante que s'ouvre la possibilité de la radicalisation de la négation de l'humanité ; négation qui n'existe pas

dans un cadre hiérarchique²⁷. Dans les deux cas, la guerre n'a pas du tout la même signification anthropologique, philosophique, politique et juridique : lutte à mort comme conséquence d'une hostilité naturelle qui ne peut se résoudre que par le traité, d'une part ; lutte limitée entre peuples issue d'une rupture de l'amitié naturelle qui se résout par l'arrêt des combats, ou par un traité qui n'est qu'un retour à la normale, de l'autre.

On peut aller plus loin et constater qu'à Rome, même « l'état d'exception » ne justifie pas le traitement inhumain de l'ennemi, fut-il barbare. Un tel danger extrême a existé aussi à la fin de la République romaine, avec les pirates qui infestaient la Méditerranée et rendaient pratiquement impossible le commerce et le moindre déplacement extrêmement périlleux. Aux dires de Cicéron, le salut public même est en jeu et la gravité de la situation, de l'état d'exception, était telle qu'il fallut voter une loi – la *Lex Gabinia de piratis persequendis* – en contradiction avec le droit public romain, confiant ainsi l'*imperium* militaire à un seul homme (Pompée) et lui permettant de mener une guerre maritime à ces pirates²⁸.

Mais ces ennemis sans foi ni loi que sont les pirates ne sont toutefois pas exterminés, et pas même considérés en dehors des lois de la guerre. Tite-Live explique ainsi qu'une fois vaincus, les survivants de bonne foi purent devenir des citoyens normaux dans une cité normale : « Une loi soumise au peuple donne le droit à Pompée de poursuivre les pirates qui avaient intercepté les convois de blés. En quarante jours il en délivre complètement la mer ; puis il termine avec eux la guerre par la soumission de la Cilicie, et après les avoir soumis, il leur donne des

23 *De republica*, 1, 37 ; *Philippicae*, 2, 112 & 13, 21 ; *In Verrem*, 2, 4, 112 ;

24 *De provinciis consularibus*, 33 ; *Pro P. Sulla*, 76.

25 Michel HUMBERT, *Municipium et Civitas sine suffragio : l'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale*, Rome, École française de Rome, 1978.

26 *Pro Balbo*, 14, 30.

27 Ce qui confirme du point de vue ici adopté les thèses défendues par Louis DUMONT, *Homo aequalis*, et surtout, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983.

28 CICÉRON, *Pro lege manilia*, 17-20.

terres et des villes»²⁹. On voit à quel point l'ennemi, d'après le droit romain, était toujours un ennemi provisoire et certainement pas un ennemi absolu comme le terroriste moderne.

III. Droit pénal

Le droit pénal moderne se situe entre la sphère de l'ennemi et celle du citoyen. Rousseau exprime bien le caractère particulier de cet espace, reste à savoir s'il existait à Rome. Rousseau avait fait du contrat social et de sa défense le fondement de la légitimité de la peine de mort: «le traité social a pour fin la conservation des contractants. Qui veut la fin veut aussi les moyens, et ces moyens sont inséparables de quelques risques, même de quelques pertes»³⁰. Logique que combattait Beccaria lorsqu'il soutenait que la peine de mort n'était pas un droit «mais une guerre de la nation contre un citoyen qu'elle juge nécessaire ou utile de supprimer»³¹. Le Genevois au contraire, écrivait que «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»³².

Rousseau est tout à fait logique lorsqu'il ajoute qu'«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». Pour Rousseau, ce criminel s'étant lui-même retranché de l'État, «il doit en être retranché par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort

comme ennemi public»³³. Si l'on voulait reconstruire une généalogie du droit pénal de l'ennemi, nul doute que Rousseau pourrait y prendre une place.

Droit pénal: «Ensemble des règles de droit ayant pour but la sanction des infractions. En un sens large, le droit pénal englobe également les règles qui tendent à la sanction des états dangereux. Synonyme: droit criminel»³⁴. On laissera de côté les imprégnations positiviste et de défense sociale qui caractérisent cette définition, pour ne garder que son apparente simplicité et constater que de son point de vue, un certain nombre de dispositions relevant du droit administratif et du droit civil seraient donc du droit pénal. Autrement dit, le droit pénal, encore aujourd'hui ne tient que par artificialisme.

Significativement, il n'existe pas d'expression dans le droit romain pour exprimer l'idée d'un droit pénal. Il existe des peines prévues par le droit, mais pas au sens strict de «droit pénal» identifié; sans doute parce que pour les Romains la peine a des liens très directs avec le droit civil: le créancier gagiste imprudent encourt une sanction civile, qui est une peine³⁵.

Sans doute faut-il rappeler la distinction entre droit public et droit privé telle que rapportée dans le Digeste³⁶: «Le droit se divise en droit public et droit privé. Le droit public regarde les affaires romaines en général, le droit privé regarde l'utilité des personnes singulières. En effet, il y a des choses utiles au public et d'autres aux particuliers. Le droit public consiste dans les

29 TITE-LIVE, *Periochae*, 99: «Pompeius lege ad populum lata persequi piratas iussus qui commercium annonae intercluserant intra quadragesimum diem toto mari eos expulit, belloque cum his in Cilicia confecto acceptis in deditionem piratis agros et urbes dedit». La même histoire est racontée exactement de la même manière par Velleius PATERCULUS, *Histoire romaine*, 2, 31-32.

30 *Contrat social*, II, V.

31 *Des délits et des peines*, §XXXVIII.

32 *Contrat social*, II, V.

33 *Contrat social*, II, V.

34 Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, 1988, p. 183.

35 C'est la raison pour laquelle les spécialistes du «droit pénal romain» soutiennent que celui-ci a une nature double (public-privé): Marco URBANO SPERANDIO, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli, Jovene, 1998, pp. 8 et ss.

36 Romano SILVIO, «La distinzione fra jus publicum e jus privatum nella giurisprudenza romana», *Scritti giuridici in onore di Santi Romano IV*, Padova, A. Milano, 1940. pp. 157 ss.

choses sacrées, dans les prêtres, les magistrats. Le droit privé a trois parties: il tire sa source des préceptes du droit naturel, du droit des gens et du droit civil»³⁷.

L'expression « droit pénal » en ce qui concerne le droit romain est peu pertinente dans la mesure où le vol y est considéré comme un délit privé, précisément parce qu'il lèse un intérêt privé. Inversement, le crime de lèse-majesté et l'adultère relèvent d'un *iudicium publicum* dans la mesure où le premier est un crime commis contre le peuple romain ou sa sécurité³⁸, et dans la mesure où le second est une infraction contre l'ordre des familles constitutif de l'ordre de la *res publica*.

IV. *Homo sacer* et droit pénal de l'ennemi

Si les origines du droit pénal de l'ennemi se trouvaient dans le droit romain, nul doute que l'on ne pourrait le situer que dans la sphère du droit public, et même des jugements publics. Sauf que ni l'expression ni le fait « droit pénal » au sens où nous l'entendons n'existent à Rome et sauf que la notion d'ennemi existe essentiellement dans le contexte du droit international ou dans le contexte de la guerre civile avec la notion d'*hostis publicus*. Jamais l'ennemi, à Rome, n'est l'objet d'une *poena*. Le citoyen peut être ennemi public, il peut évidemment aussi faire l'objet d'une sanction pénale. Mais l'expression « droit pénal de l'ennemi » ne le concerne pas; l'étranger, lui, peut être un ennemi –auquel cas il relève du droit international public– et

peut également faire l'objet d'une sanction pénale, mais pas en tant qu'ennemi, en tant que personne détentrice d'une capacité juridique. Les catégories modernes, on le voit ne coïncident pas avec la réalité antique.

Dans *Homo sacer*, Giorgio Agamben écrit: « sur les horreurs commises dans les camps, la bonne question ne consiste donc pas à se demander hypocritement comment des crimes si atroces ont pu être commis contre des êtres humains: il serait beaucoup plus honnête, mais surtout plus utile, de chercher par quelles procédures juridiques et par quels dispositifs politiques des êtres humains ont pu être si totalement privés de leurs droits et de leurs prérogatives, au point que tout acte commis à leur encontre a cessé d'apparaître délictueux –alors, en effet, tout était vraiment devenu possible»³⁹.

Il semble qu'il soit au moins possible de conclure que la notion d'*homo sacer* n'est pas à l'origine du droit pénal de l'ennemi, dont la généalogie, comme cela est démontré par Kevin Ladd dans ce même colloque, devrait plutôt être recherché du côté des inventeurs de la modernité que sont Hobbes et Spinoza.

Il faut comprendre l'importance de l'influence même souterraine de la pensée juridique et constitutionnelle libérale pour comprendre pourquoi Foucault puis Agamben ont cru pouvoir relier les phénomènes modernes de domination et de souveraineté à la réalité romaine qui ne peut y être réduite. Pour Michel Foucault, même s'il se défend quelque peu de former une théorie de la souveraineté et s'il revendique le fait de former une théorie de la domination⁴⁰, l'équation est la suivante: monarchie + droit romain = souveraineté. Parallèlement, il explique que l'on trouve dans la pensée du XVIII^e siècle et notamment celle de Rousseau

37 D. 1, 1, 1, §2: «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus».

38 D. 48, 4, 1, §1: «Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem eius committitur».

39 Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer, op. cit.*, p. 184.

40 Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France (1975-1976)*, Paris, Gallimard-Seuil, 1997, pp. 38-39.

l'origine de la démocratie parlementaire⁴¹. D'une part, le droit romain n'est pour rien dans la construction de la souveraineté, mais c'est le droit romain *interprété* par les canonistes et les juristes modernes à partir de Bodin qui l'est⁴². D'autre part, Rousseau est plutôt à mettre parmi les adversaires irréductibles des partisans du véritable précurseur de la démocratie parlementaire qui est le courant de pensée aristocratico-libéral représenté par les partisans du modèle anglais comme Montesquieu ou certains parlementaires du XVIII^e. La critique radicale de la technique de la représentation par Rousseau devrait être suffisante pour en convaincre tout un chacun⁴³.

41 Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, op. cit., pp. 31 et ss.

42 Laurent REVERSO, «La souveraineté du peuple romain dans la République de Jean Bodin», *Les représentations du droit romain en Europe aux Temps Modernes*, Actes de la Table ronde (Aix-en-Provence 13 octobre 2006), Aix-en-Provence, PUAM, 2007, pp. 83-99.

43 *Contrat social*, II, II: «Je dis donc que la souveraineté, n'étant que l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté»; III, XV: «La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi. Le peuple Anglais pense être libre, il se trompe fort; il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement: sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde. L'idée des représentants est moderne: elle nous vient du gouvernement féodal, de cet inique et absurde gouvernement dans lequel l'espèce humaine est dégradée, et où le nom d'homme est en déshonneur. Dans les anciennes républiques, et même dans les monarchies, jamais le peuple n'eut des représentants; on ne connaissait pas ce mot-là». Et surtout, quelques lignes plus bas Rousseau expliquait bien, ce qui le met définitivement hors de la généalogie de la démocratie parlementaire, que la seule représentation admissible était celle ou l'exécutif représente le peuple: «La loi n'étant que la déclaration de

En somme, Foucault a construit une généalogie de la domination et de son contraire qui sont erronées; et en cela il a fait comme les libéraux, Tocqueville par exemple qui écrivait que «le droit romain, qui a perfectionné partout la société civile, partout a tendu à dégrader la société politique, parce qu'il a été principalement l'œuvre d'un peuple très civilisé et très asservi. Les rois [de France] l'adoptèrent donc avec ardeur, et l'établirent partout où ils furent les maîtres. Les interprètes de ce droit devinrent dans toute l'Europe leurs ministres ou leurs principaux agents. Les légistes leur fournirent au besoin l'appui du droit contre le droit même. [...] À côté d'un prince qui violait les lois, il est très rare qu'il n'ait pas paru un légiste qui venait assurer que rien n'était plus légitime, et qui prouvait savamment que la violence était juste et que l'opprimé avait tort»⁴⁴. Pourtant, Foucault

la volonté générale, il est clair que, dans la puissance législative, le peuple ne peut être représenté; mais il peut et doit l'être dans la puissance exécutive, qui n'est que la force appliquée à la loi». C'est la raison pour laquelle la dictature sous sa forme de «dictature de commissaire» est approuvée par Rousseau; Laurent REVERSO, «La lutte contre la «gravitation liberticide» face à la «division du travail». Quelques enjeux du rousseauisme sous la Révolution française à travers la pensée politique de Jacques-Nicolas BILLAUD-VARENNE, *Rousseau, le droit et l'histoire des institutions*, Alfred DUFOUR-FRANÇOIS QUASTANA-VICTOR MONNIER (éd.), Schulthess, Genève-Zürich-Bâle, 2013, pp. 277-300.

44 Laurent REVERSO, «Tocqueville, le droit romain et la décentralisation: l'héritage négatif de 1849», *Constitutions, Républiques, Mémoires: 1849 entre Rome et la France*, Laurent REVERSO (dir.), Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 166-167. Alexis DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution, Œuvres complètes*, Jean-Pierre MAYER (dir.), Paris, Gallimard, 1981, II/1, p. 91, note p. 266. Cette idée est une constante chez l'auteur, qui l'exprime de façon très semblable dans *L'Ancien Régime et la Révolution*, II/2, p. 315, à propos du Consulat et de l'Empire: «Dès que vous voyez paraître un despote, comptez que vous allez bientôt rencontrer un légiste qui vous prouvera doctement que la violence est légitime et que les coupables sont les vaincus». C'est précisément son ignorance du droit romain, conçu précisément pour protéger la partie faible, qui est la cause de cette conviction. À ce propos, notamment,

avait vu très précisément que l'histoire construite à partir de Boulainvilliers comme « une lutte des races » était fondamentalement « antiromaine » parce qu'anglaise⁴⁵. Ce qui lui avait échappé c'est que Boulainvilliers avait eu pour héritiers Montesquieu, Tocqueville et toute la pensée libéral-aristocratique donc le concept de démocratie parlementaire⁴⁶.

Giorgio Agamben de son côté explique que la pratique actuelle du décret-loi en Italie « signifie que le principe démocratique de la division des pouvoirs est aujourd'hui caduc et que le pouvoir exécutif a de fait absorbé au moins en partie le pouvoir législatif »⁴⁷. Outre que cela n'est pas nouveau puisque la question du rapport entre la loi et le règlement remonte à la Révolution française, au Consulat et à l'Empire⁴⁸, il faut souligner que « la division des pouvoirs » n'a rien de « démocratique » mais est issue de la pensée aristocratique-libérale de Locke et Montesquieu. Cette idée de séparation ou de division des pouvoirs n'apparaît pas, très significativement, ni à Rome ni chez Rousseau. Elle n'est qu'un lieu commun

libéral qui a imprégné l'ensemble de la pensée juridique, politique et philosophique contemporaine.

Mais après tout, les généalogies erronées n'empêchent pas l'intérêt de leurs développements comme le fait pour un enfant de croire que ses parents adoptifs sont ses véritables parents ne l'empêche pas d'avoir une vie épanouie. Et l'intérêt des travaux de Foucault et d'Agamben reposent moins sur la réalité de leurs fondements historiques que sur l'efficacité de leur dimension critique pour le présent.

Pierangelo CATALANO, *Diritto e persone I.*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 195 et ss., sur la question du statut juridique de l'enfant à naître; également, en ce qui concerne le droit de la famille, des successions, des biens et des obligations: Francesco DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, Torino, Giappichelli, 1999 (d'abord publié dans *l'Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 1941 et dans Francesco DE MARTINO, *Diritto e società nell'antica Roma*, 1979).

45 Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, op. cit., pp. 60, 86-87 et ss. & 128-138.

46 Laurent REVERSO, « Modèle constitutionnel anglais et problématique de la représentation chez Joseph de Maistre », *L'influence politique et juridique de l'Angleterre en Europe*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, pp. 243-244.

47 Giorgio AGAMBEN, *État d'exception*, op. cit., p. 35.

48 Jean-Louis MESTRE, « De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution », *RFDA*, 2001-2, pp. 301 et ss.; Idem, « La nature législative du décret du 16 fructidor en III », *RFDA*, 2012-5, pp. 915 et ss.

DU BON CHOIX DES CATÉGORIES EN (THÉORIE DU) DROIT. LE CONTRE-EXEMPLE DU « DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI »

DIANE BERNARD*

Le « droit pénal de l'ennemi » est une construction doctrinale, par Günther Jakobs, qui tient au « constat » d'une distinction actuelle et « nécessaire » entre citoyen et « ennemi », au nom de « l'état de droit » et par la « dépersonnalisation » de l'ennemi dangereux : au vu de sa « dangerosité » (potentielle voire future), cet ennemi est déchu de (certains de) ses droits et peut se voir appliquer un droit pénal d'exception (*feindstrafrecht* et non *bürgerstrafrecht*)¹.

Cette hypothèse est discutable à de nombreux égards. Si l'on ne peut que souligner son caractère fructueux, au vu des réflexions qu'elle provoque et des pratiques qu'elle a accompagnées (voire suscitées), on peut ainsi distinguer les commentaires relatifs à son objet

(sur les manifestations d'une logique sécuritaire face à la « dangerosité » de certains individus) des analyses qui lui sont consacrées en tant que modèle théorique (quant à ses recevabilités et qualités conceptuelles). Notre approche du « droit pénal de l'ennemi » relèvera de cette seconde approche : nous ne conduirons pas d'étude empirique sur base du modèle de Jakobs, mais proposerons quelques réflexions sur son élaboration théorique en tant que telle.

Plus restrictivement encore, nous nous concentrerons sur son usage des termes (et concept de) « droit pénal », ne commentant qu'incidemment son maniement des concepts d'« ennemi » (et de personne) et d'« état de droit » (et de contrat social), qui ont fait l'objet d'autres commentaires². En effet, Jakobs a plaidé, dans la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, pour qu'on « donn[e] un nom à des dispositions problématiques, plus précisément, [qu'on] les saisi[sse] avec une notion », « qu'on leur donne une dénomination appro-

* Chargée de recherches au FNRS (Belgique), Professeure invitée à l'Université Saint-Louis à Bruxelles et à l'UCLouvain, visiting researcher à la Harvard Law School, diane.bernard@usaintlouis.be.

1 La première formulation de ce modèle par G. JAKOBS, dans « Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, vol. 97-4, pp. 751-785, a connu de nombreux développements : voy. par ex. « Terroristen als Personen im Recht? », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, vol. 117-4, pp. 839-851 ; avec M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid : Civitas, 2006 (2^e éd.) ; ou « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier/mars 2009, pp. 7-18.

2 Par exemple, en français, dans les dossiers de la *Revue de science criminelle et de droit comparé*, « Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », 2009-1, pp. 1-67, puis « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », 2010-1, pp. 3-109 : ou lors du colloque *Droit pénal et politique de l'ennemi*, organisé par le Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation (CDPPOC) de la Faculté de Droit de l'Université de Savoie, en collaboration avec l'Institut Rhône Alpin de Sciences Criminelles, les 12 et 13 décembre 2013.

prisée»³. On le prend ici au mot: son choix des termes «droit pénal», justement, ne nous paraît ni adéquat (A.) ni anodin (B.).

A. Une inadéquation catégorique

La pratique qualifiée de «droit pénal de l'ennemi» par Günther Jakobs se définit par son caractère dérogatoire, autorisé par la nature «ennemie» de l'individu puni (2.). Cette dérogation peut se concrétiser par une action *ante delictum* mais aussi, plus largement, par diverses pratiques portant atteinte aux principes de non-rétroactivité, de subsidiarité et de nécessité de la loi pénale, de légalité et de proportionnalité des délits et des peines – autant de fondements du droit pénal (1.). En ce sens, le droit pénal de l'ennemi est «ennemi du droit pénal»: il ne relève que très partiellement du droit pénal – voire pas du tout. On pourrait soutenir qu'il s'agit de politiques d'exception ou de législation d'urgence mais la catégorie de «droit pénal» paraît fort mal choisie en l'espèce.

1. Principes du droit pénal et contexte démocratique

La doctrine du «droit pénal de l'ennemi» paraît poser une difficulté, fondamentale, quant à la notion même de «droit pénal», et donc à l'usage de cette catégorie.

Au début de ses articles *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* et *Aux limites de l'orientation par le droit*, Günther Jakobs pose une définition, lapidaire, du «droit pénal de l'ennemi»: l'ennemi peut perdre (une partie de) sa personnalité juridique – cela paraît déjà manifester une faiblesse conceptuelle: on peut se voir déchoir d'une partie de nos capacités d'exercice ou de

jouissance mais, par définition, la personnalité juridique est une et indivisible, acquise par principe par tout individu. L'auteur poursuit sa réflexion par une analyse de «l'élasticité du concept de personne» et l'illustre ensuite par plusieurs manifestations du phénomène qu'il entend décrire (les mesures *ante delictum* et la détention de sûreté, en particulier); il ne justifie donc son choix de la catégorie «droit pénal» qu'indirectement, par une référence à certains grands questionnements sur le droit de punir.

De nombreux auteurs ont démontré que les phénomènes visés par le «droit pénal de l'ennemi» portaient atteinte à plusieurs principes fondamentaux parmi lesquels on relève, sans exhaustivité, la légalité des crimes (l'ennemi étant criminel de son fait, voire de sa personne et non sur base d'une qualification juridique desdits faits) et des peines (non nécessairement posées par une loi), la non rétroactivité du droit, la proportionnalité des délits et des peines, la nécessité et la subsidiarité de l'(odieuse) action pénale, et le respect des droits de la défense⁴. Geneviève Giudicelli-Delage écrit ainsi qu'il s'agit là d'une «nouvelle, [u]ne autre pénalité»⁵ et observe que «les fissures dans la digue du droit pénal moderne sont de plus en plus nombreuses»⁶: «le droit pénal de la dangerosité [nous généralisons ici en «droit pénal de l'ennemi»] est ... un droit pénal rongé de l'intérieur, et dont les frontières extérieures sont également incertaines»⁷.

4 Cf par ex. J.-F. DREUILLE, «Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion», *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, 149-165, p.161-162, ou la problématique générale des dossiers susmentionnés de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009-1 et 2010-1.

5 G. GIUDICELLI-DELAGE, «Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier/mars 2010, p.69 (nous soulignons).

6 *Ibid.*, p.70.

7 *Ibid.*, p.75.

3 G. JAKOBS, «Aux limites de l'orientation par le droit», *op. cit.*, p.X.

On avance ici que les fissures sont telles que les eaux ont franchi la digue.

Il pourrait s'agir de politiques d'exception, voire de législation d'urgence, mais pas de droit pénal – à moins de considérer que ce dernier se définisse par la seule sanction. Or le fait de punir n'est pas seul constitutif du droit pénal. À l'origine, en effet, ce dernier visait précisément à offrir des garanties face (et des limites au) pouvoir punitif de l'État: « sous sa forme contemporaine »⁸, le droit pénal est né en 1789⁹. Ainsi sont proclamés, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les principes de légalité des délits (art. 7), de nécessité et de légalité des peines (art. 8), et de présomption d'innocence (art. 9); la loi des 21-30 janvier 1790 introduira peu après les principes d'égalité, de proportionnalité et de personnalité des peines (art. 1 et 2). Les Codes formaliseront ensuite la pensée pénale, qui sera « amenée à reconstruire sans cesse son objet d'étude [...] : de l'acte criminel vers l'individu criminel; de l'individu criminel vers la société à laquelle il appartient; de la société considérée globalement vers certains acteurs privés et publics à travers lesquels se manifeste la réaction sociale; des acteurs de la réaction sociale à la victime de l'infraction pénale »¹⁰. A l'origine et par principe, le droit pénal n'est pas *seulement* la manifestation du pouvoir punitif du souverain. Et l'on s'accorde assez largement aujourd'hui sur l'idée que les droits de l'homme et les exigences démocratiques en constituent l'une des idées-force, comme pour l'ensemble du droit actuel, en tant que représentations idéales régulant la réalité juridique¹¹.

8 Fr. TULKENS *et al.*, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 2014 (10^e éd.), p. 83.

9 Voy. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France depuis le XII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris: L. Larose-Forcil, 1882, rééd. Vaduz-Paris: Topos- Duchemin, 1978.

10 Fr. TULKENS *et al.*, *op. cit.*, p. 81.

11 En ce sens, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Pub.

C'est en ce sens que la Cour européenne des droits de l'homme ne se contente pas, *in casu*, d'établir les (trois) critères définissant la matière pénale, mais vérifie aussi l'inscription des décisions rendues par les juridictions nationales dans le « projet démocratique »¹².

On ne dit pas pour autant pas que le droit pénal est ou a été parfait, par ces principes qui le constituent *aussi*: il manifeste toujours l'exercice d'un pouvoir, pris dans les tensions sociales et dans (les tendances à) la domination des plus puissants (variables selon les époques). On admet par ailleurs la continuité entre « droit pénal de la culpabilité » et « droit pénal de la dangerosité »¹³, et on est assez convaincue par les positions plus radicales selon lesquelles « le droit pénal libéral doit être de l'acte mais le pouvoir punitif est toujours de l'auteur »¹⁴.

Il paraît cependant essentiel de rappeler que le droit pénal constitue non l'exercice décontextualisé d'un droit de punir, mais une discipline historiquement et conceptuellement inscrite en démocratie et, donc, *appelée* à respecter au mieux les droits humains et libertés publiques. C'est pourquoi le concept d'« état de droit » ne peut inclure celui de « droit pénal de l'ennemi »¹⁵, au risque de perdre son sens propre¹⁶; c'est pourquoi l'usage

Saint-Louis, 2002, p. 289; sur le caractère constitutif du droit revêtu par de telles représentations, voy. *infra*.

12 CrEDH, *Engel et al. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, §§ 82 et 97 à 101.

13 M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles: Pub. FUSL, 2009, p. 65.

14 E. R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009-1, 43-57, p. 49.

15 *Ibid.*, p. 51 et 54.

16 On peut entendre l'état de droit, ou *rule of law*, par l'idée que « all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts » (T. BINGHAM, *The rule of law*, London: Penguin UK, 2011, p. 8.). C'est pourquoi « *el derecho penal del enemigo, vendría a ser, más propiamente la negación del derecho penal en la medida que trata de desposeer a sus posibles destinatarios de algo*

de la catégorie droit « droit pénal » dans l'intitulé « droit pénal de l'ennemi » ainsi qu'utilisé par Jakobs paraît inadéquat. D'ailleurs, les décisions et comportements visés par la notion de « droit pénal de l'ennemi » se rapprochent davantage des lois d'exception édictées par la Convention nationale (« la Terreur » de 1792-95) que des textes fondateurs du droit pénal (ce qui explique peut-être pourquoi Jakobs préfère la catégorie « droit pénal » à celle de « loi d'exception » (on y reviendra) : la Terreur face au terrorisme paraît moins légitime que l'action par le droit). Cette limite au concept de droit pénal n'implique pas la disparition du pouvoir punitif, en général et notamment à l'encontre des ennemis : la punition est toujours un fait politique, partiellement balisé par le droit pénal.

D'aucuns diront que ces positions relèvent d'une définition, d'un choix théorique. Certes. C'est d'ailleurs l'une des difficultés épistémologiques posées par la posture de Gunther Jakobs : nul ne peut baser une définition du droit sur une observation empirique de ce dernier, comme le prétend Jakobs, puisque il est toujours nécessaire d'établir d'abord l'existence et la nature du droit. Toute description est nécessairement un discours sur un objet construit (par les choix du théoricien), lequel est, ici, un discours lui-même – il n'y a pas de fait intrinsèquement juridique, de réel juridique déjà-là et observable en toute neutralité¹⁷. Même celui qui prétendra adopter un point de vue strictement interne au droit, ainsi que défini par Hart¹⁸, devra toujours poser des choix quant aux éléments juridiques qu'il prendra

en compte. En ce sens, il n'y a pas de droit positif mais seulement, toujours déjà, un droit positivé.

Cela dit, Jakobs a raison, même s'il le dit très approximativement : il ne faut pas confondre définition du droit et définition d'un *idéal* de droit¹⁹. Il semble néanmoins possible de conserver une marge critique dans l'analyse, sans se cantonner à une description prétendument neutre, sous prétexte de ne pas fausser l'approche scientifique²⁰. Plus encore, on est assez convaincue que l'idéal de droit constitue l'un des éléments constitutifs du concept de droit : pour nous, le droit inclut à tout le moins un appel à l'ordre et n'est pas seulement un corps de règles étêtées²¹. Si elle requiert d'y rester vigilant, cette position n'implique pas nécessairement une confusion entre *is* et *ought* (entre la pratique du droit et ce qu'on voudrait qu'elle soit) : en postulant cet élément téléologique de la définition du droit, on n'endosse nécessairement ni « l'idéalisme des juristes »²² qui croiraient en une perfection du droit, ni une vision particulière de cette dimension téléologique (on pose la dimension téléologique comme constitutive du droit sans la définir, et *a fortiori* sans partager les conceptions qui paraissent dominantes aujourd'hui). La définition de ce *telos* est tout l'enjeu du débat démocratique.

Définir le droit est un exercice périlleux²³, plus ambitieux que nos précisions quant au « droit pénal »

que les es *proprio e inderogable: su condición de ciudadanos de la 'polis'*, selon le Tribunal Supremo (Espagne), sentence 829/2006, 22 juin 2006, p. 13.

17 Voy. Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris : Flammarion, 1983, chap. 9, ou W. QUINE, *Le mot et la chose*, Paris : Flammarion, 1977, chap. I.

18 H. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles : Pub. FUSL, 2005, p. 108, ou 260 par ex.

19 G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 1953, p. 99 ; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris : Maspero, 1976, p. 96.

20 En ce sens, J.-F. PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, Bâle : Helbing&Lichtenham, 1997, p. 23.

21 En ce sens, G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. 1., Paris : LGDJ, 1966, p. 185 ; dans le même sens, voy. G. CORNU, « Le visible et l'invisible », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 10, 1989-1990, 27-, p. 107.

22 M. MIAILLE, *op. cit.*, p. 52, ou 96.

23 Parce que le droit englobe non seulement les normes qui permettent de l'appliquer mais aussi celles qui le créent, le limitent et permettent de l'interpréter (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad.

(comme part du projet démocratique et donc distinct de ce que vise Günther Jakobs par son « droit pénal de l'ennemi », voy. supra). Mais, pour généraliser les propos tenus plus haut, on conçoit le droit comme un discours inscrit dans le monde social, dont il reflète, renforce et co-structure les rapports de force, tout en étant aussi défini par un appel à l'idéal²⁴. L'insertion d'un tel « idéal de droit » dans cette brève définition permet d'ailleurs d'assurer qu'il n'y a ni droit universel ou ni essence juridique, mais seulement la possibilité d'analyses « en contexte »; elle n'exclut ni l'étude de registres normatifs hors du strict cadre institutionnel, ni la définition spécifique de certaines branches du droit.

2. Dérogation vs exclusion, individualisation et exception

L'usage de la catégorie de droit pénal par Jakobs paraît problématique à un autre égard. Il faut en effet distinguer la dérogation au droit pénal, caractéristique du « droit pénal de l'ennemi », de l'exclusion, qui peut définir le droit pénal (i), ainsi que de l'individualisation, mécanisme-clé en droit pénal actuel (ii), et de l'exception sous ses diverses formes (iii).

H. Thévenaz, Neuchâtel : Baconnière, 1988 ; H. HART, *op. cit.*, p. 99 ; pour plus de commentaires sur cette complexité de l'objet droit, voy. A. BAILLEUX et H. DUMONT, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, 75, 2010-2, pp. 275-293, p. 278). Plus généralement, sa définition est difficile parce que le droit est non seulement normatif et partiellement auto-poïétique, mais surtout demeure un discours, qui reconstruit le monde au travers de ses propres catégories (A. BAILLEUX et Fr. OST, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 70, 2013-1, pp. 25-44, p. 7).

24 Sur la dimension symbolique voire « mytho-logique » du droit, voy. J. LENOBLE et Fr. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles : Pub. Saint-Louis, 1980.

Si l'on définit le droit pénal de l'ennemi comme une théorie impliquant 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 »²⁵, on comprend que la « dérogation » le définit mieux que les autres concepts susmentionnés²⁶. Il s'agit en effet de « s'écarter d'un principe directeur »²⁷, d'en révoquer partiellement la validité²⁸. Dérogatoire donc au droit pénal, le « droit pénal de l'ennemi » paraît bien mal porter son nom.

(i) Ceci n'entre pas en contradiction avec l'interprétation *méta* et généraliste du droit pénal comme mécanisme d'*exclusion*. Dans une lecture engagée et « critique » du droit, on peut en effet considérer le droit pénal comme nécessairement marqué par la dualité, permettant la mise à l'écart des personnes dérangeantes pour le pouvoir établi²⁹. Le droit pénal sert le projet de l'État : il a toujours servi à dominer les personnes dangereuses pour l'expansion du pouvoir – les hérétiques à abattre au profit de l'expansion de l'Église, les indigènes à asservir au profit de la puissance coloniale, le prolétariat à déprécier pour éviter qu'il freine la révolution industrielle, les étrangers dérangeant aujourd'hui l'esthétique tertiaire de l'Union européenne. En ce sens, le droit pénal peut être défini tout entier comme un droit

25 J.-F. DREUILLE, *op. cit.*, p. 150.

26 On propose donc ici d'affiner la qualification de « droit d'exception » donnée au « droit pénal de l'ennemi » par G. Jakobs lui-même, « Aux limites de l'orientation par le droit », *op. cit.*, p. 16.

27 *Trésor de la langue française informatisé*, Université de Lorraine, www.atilf.fr, v° « déroger »; *Digeste ou pandectes de l'empereur Justinien*, Paris : Moreaux, 1803-1805, livre L, titre XVI, 102 : « déroger à une loi, c'est faire quelque chose qui y soit contraire ».

28 H. KELSEN, « Dérogation », *Essays in legal and moral philosophy*, Synthese library, 57, 1973, pp. 261-275.

29 voy. ZAFFARONI dans la *Revue de sciences criminelles*, 2009-1, *op. cit.*

pénal de l'ennemi – en d'autres termes, comme un mode de domination.

Deux remarques s'imposent ici. D'abord, une interprétation « généralisante » des propositions de Jakobs (comme applicables au droit pénal tout entier) s'écarterait démesurément de son propos et de ses objectifs. Ensuite et comme exposé *supra*, dans une société démocratique, le droit pénal n'est pas seulement un levier du pouvoir: il régleme l'exercice de celui-ci. Ainsi se jouent ses interactions avec les droits de l'homme et, en particulier, les droits de l'accusé: le droit pénal n'est pas en opposition mais en tension avec les droits humains (il régleme et sanctionne là où les droits humains garantissent et protègent – deux faces d'une même pièce). Concrètement, c'est donc (théoriquement) *l'individualisation* inhérente au processus pénal qui vient tempérer le processus global *d'exclusion* opéré par le droit pénal.

(ii) Si elle renvoie à la *personne* poursuivie, laquelle est également au cœur du concept de « droit pénal de l'ennemi », l'« individualisation » vise en effet un mécanisme tout différent de l'exclusion. Développée par les auteurs néo-classiques puis de défense sociale, sur base d'une conception circonstanciée de l'égalité défendue par Jeremy Bentham³⁰, l'individualisation tempère l'approche « objective » de l'acte criminel en permettant la prise en compte de son auteur³¹. Elle est ainsi opérée par le biais des excuses (« individualisation légale »), des circonstances atténuantes et de certaines circonstances aggravantes (« individualisation judiciaire »), ainsi que de nombreuses mesures d'exécution de la peine.

30 J. BENTHAM, « Traités de législation civile et pénale », *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, E. Dumont (éd.), Bruxelles: Coster et cie, 1829, p. 30.

31 Voy. Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Ch. GUILLAIN, Y. CARTUYVELS, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo: Kluwer, 2014, not p. 22, 24, 101, 559; ou *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, R. OTTENHOF (dir.), Ramonville Saint-Agne: Erès, 2001.

L'individualisation de la peine induit certes un arbitraire³² contraire à la quête classique (beccarienne) d'objectivité et de stricte égalité, mais il est en principe atténué par l'obligation de motivation. Outre l'absence relative de motivation des comportements visés par le « droit pénal de l'ennemi », la différence d'avec ce dernier se marque dès lors à différents égards: dans la doctrine du droit pénal de l'ennemi, il ne s'agit pas ni de préciser le contenu de la loi *in casu* ni d'assurer l'égalité entre citoyens (notamment par l'individualisation de la peine), mais plutôt d'outrepasser les principes applicables à tous; en outre, l'individualisation est prévue dans la loi, contrairement à certains mécanismes et décisions visés par le « droit pénal de l'ennemi ». Là où d'aucuns ont souligné la continuité entre ce dernier et le « droit pénal de l'auteur », on voit donc plutôt une différence conceptuelle – la même qu'entre « individualisation » et « dérogation ». En outre, l'individualisation paraît extrêmement difficile, voire impossible, dans le cas de personnes poursuivies sous l'égide d'un droit pénal de l'ennemi, puisqu'il n'y a ni acte ni circonstance qui permette d'individualiser.

(iii) La « dérogation » est enfin distincte de l'« exception ». On relèvera d'abord que l'exception est prévue par la loi, là où la dérogation peut être opérée par une règle *ou* par un comportement; on souligne à cet égard, avec Jean-François Dreuille, que la théorie du « droit pénal de l'ennemi » prévoit que « le terroriste perçu *ab initio* comme un ennemi et non comme un criminel – ennemi – ne se voi[e] pas appliquer uniquement un régime juridique dérogoire [mais puisse] aussi être placé hors du droit, aussi bien pénal, militaire, qu'international »³³ – une situation couverte donc par le concept de dérogation et non par celui d'exception. D'usage courant, ce dernier

32 Cour d'Arbitrage (Belgique), 14 juin 2000, n8 71/2000, M. B., 12 aou^t 2000, p. 27693.

33 J.-F. DREUILLE, *op. cit.*, p. 152.

terme consiste de plus en une disposition qui, par principe, n'est ni autonome ni totalement révocatoire : elle est généralement prévue par la règle générale (par des termes comme « sauf » ou « hormis ») et ne porte pas atteinte à sa validité³⁴. Autrement dit, l'exception *limite* le principe là où la dérogation l'*excède*.

Deux précisions paraissent ici nécessaires. Il faut, premièrement, distinguer l'exception (en droit) de *circonstances exceptionnelles* justifiant la dérogation (au droit). Ces circonstances, qui forment un « état d'exception », peuvent (servir à) justifier des dérogations aux droits constitutionnel et fondamentaux (celles que Günther Jakobs qualifie de droit pénal de l'ennemi, par exemple), comme le prévoient notamment l'article 16 de la Constitution française³⁵ ou l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁶. L'« état d'exception » vise donc des *circonstances* (saisies par le droit certes), lesquelles

justifient éventuellement qu'on déroge au droit, alors que le « droit pénal de l'ennemi » vise lesdites dérogations ; chacun des termes couvre donc des objets différents. Günther Jakobs paraît d'ailleurs éviter la notion polysémique d'« état d'exception », alors même qu'elle permet à Carl Schmitt de maintenir la violence dans le champ du droit³⁷, et que certaines approches positivistes de la question auraient pu soutenir son argumentaire (voy. celles de Michel Troper selon qui la saisie de ces circonstances par le droit les juridicise, impliquant que « l'état d'exception n'a[il donc] rien d'exceptionnel »³⁸).

On peut esquisser deux suppositions quant à la préférence de Jakobs pour les termes de « droit pénal de l'ennemi ». D'une part, l'état d'exception doit répondre à des conditions strictement définies, et n'englobe pas toutes les conduites que l'auteur vise par son « droit pénal de l'ennemi » ; il a également connu de sévères limitations (l'interdiction des juridictions d'exception, par exemple), qui auraient pu porter atteinte à l'élaboration théorique de Jakobs. D'autre part, sans doute l'hybridité du concept d'« état d'exception » permet-elle de comprendre pourquoi Jakobs l'utilise si peu : cette notion relève explicitement de la politique autant que du droit³⁹ et contrecarre donc son entreprise de légitimation des comportements compris comme « droit pénal de l'ennemi » (on y reviendra). L'état d'exception renvoie à la crise politique, à la perte de maîtrise juridique, aux limites du droit (notamment

34 Voy. *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, dir. M. FATIN-ROUGE STEFANINI et A. VIDAL-NAQUET, Bruxelles : Bruylant, 2014, particulièrement A. VIDAL-NAQUET, « Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle », pp. 15-42, et L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », pp. 45-85.

35 Constitution de la V^e république, titre II, art. 16 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire, ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel ».

36 CEDH, art. 15 (nous soulignons) : « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. ».

37 *Théologie politique*, Paris : Gallimard, 1988 (1922) ; cf aussi *La dictature*, Paris : Seuil, 2000 (1921).

38 M. TROPER, « L'État d'exception n'a rien d'exceptionnel », *L'exception dans tous ses états*, S. THÉODOROU (dir.), Marseille : Parenthèses, 2007, pp. 163-174 ; pour une critique de ce positionnement en la matière qui nous intéresse, voy par ex. E. BEAURON, « Les mesures d'exception face à la lutte anti-terroriste : une 'mana' juridique ? », *Lampe-tempête*, 2013-10, online.

39 Sur les rapports entre « état de droit » et « état d'exception », dans une perspective historique et conceptuelle, voy. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *État de droit et états d'exception*, Paris : PUF, 2013.

à la désobéissance civile et au droit de résistance), alors que Jakobs plaide pour une « reprise en droit » ; il répond positivement à sa question explicite « finalement, je me demande si les règles qualifiées de manifestations d'un droit pénal de l'ennemi sont encore du 'droit' ou si l'on a inscrit en paragraphes de véritables règles de guerre »⁴⁰.

Seconde précision : si un lien entre « *exceptionnalisme* » et « droit pénal de l'ennemi » peut être établi, par certaines des manifestations extrêmes de l'impérialisme américain dans sa lutte contre le terrorisme, les deux expressions diffèrent également. En effet, l'*exceptionnalisme* consiste à considérer qu'une nation ou un peuple occupe une position particulière (exceptionnelle) dans les relations internationales ; doctrine voire posture politique, il vise généralement les États-Unis et se fonde, selon les auteurs, sur la construction de cet Etat par des immigrés, la mise-en-œuvre très aboutie du capitalisme qui y sévit, l'absence du socialisme en politique états-unienne, ou la mission de défense des droits humains officiellement endossée par la Maison blanche et l'action idéaliste qui en découle⁴¹. Quoi qu'il en soit, son usage ne paraît donc pas correspondre aux développements de Gunther Jakobs, malgré une proximité de champ ou de manifestations dans la « lutte contre le terrorisme ».

On identifie donc ici de nouvelles distances entre la théorie élaborée par Günther Jakobs et la catégorie du « droit pénal » dont elle prétend relever : il s'agit de

dérogação – ni d'exclusion ni d'individualisation, ni d'exception ni même d'exceptionnalisme ou de renvoi à l'état d'exception. À cet égard, on rappellera les mises-en-garde formulées par Giorgio Agamben quant à l'extension du paradigme de « l'état d'exception », de mesure provisoire en technique de gouvernement⁴², et on relèvera que Jakobs travaille pourtant, comme Schmitt à son époque, à maintenir certaines « suspensions de l'ordre juridique » dans ce dernier.

B. Le poids des mots

Si le choix des termes « droit pénal de l'ennemi » ne paraît pas *adéquat* (voy. *supra*, A.), il n'est pas *anodin* non plus – c'est là l'objet de la seconde partie de cet article. En effet, l'usage de la catégorie « droit pénal » est lourd de sens parce que, selon certains, la légalité est (seule) source de légitimité : soutenir l'inscription en droit commun des comportements et décisions visés par Günther Jakobs contribue à leur légitimation (1). On avancera en outre qu'il relève de la responsabilité des théoriciens, justement, de dénoncer pareille prise de position (2.).

1. Légalité, légitimation, légitimité

Le droit n'est pas qu'un discours *du* pouvoir mais aussi un discours de pouvoir, en tant que parole « autorisée, vraie et efficace »⁴³ – il semble que tous puissent s'accorder sur ce pouvoir légitimant du droit, tout en adhérant à des courants théoriques différents

40 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit », *op. cit.*, p. 16.

41 En ce dernier sens, connu aussi dans les termes de *US manifest destiny*, cf N. T. SAITO, *Meeting the enemy: American exceptionalism* / general editors, Timothy ROBERTS and Lindsay DICUIRCI, *American exceptionalism and international law*, New-York University Press, 2010. En général, sur différents aspects de l'exceptionnalisme américain, voy. G. HODGSON, *The myth of american exceptionalism*, New Haven : Yale UP, 2009 ; *American exceptionalism*, Th. ROBERTS et L. DICUIRCI (ed.), London : Pickering & Chatto, 2013 ; Fr. FUKUYAMA, « L'exceptionnalisme américain et la politique étrangère des États-Unis », *Politique américaine*, 2005-1, pp. 37-42.

42 *L'État d'exception*, 2003. En ce sens, voy. par ex. J.-Cl. PAYE, « L'état d'exception, forme de gouvernement de l'empire », *Multitudes*, 16, 2004-2, pp. 179-190, ou C. CAMUS, « La lutte contre le terrorisme dans les démocraties occidentales : état de droit et exceptionnalisme », *Revue internationale et stratégique*, 66, 2007-2, pp. 9-24.

43 D. LOCHAK, citée par G. Rocher, « Droit, pouvoir et domination », *Sociologie et sociétés*, 18-1, avril 1986, p. 39.

(formaliste, néomarxiste, dialectique, par exemple)⁴⁴. C'est pourquoi la catégorie « droit pénal » choisie (ou du moins maintenue) par Jakobs n'est pas anodine : à se centrer sur la question de l'ennemi sans questionner celle du pénal, à plaider pour que soit reconnu le « droit pénal de l'ennemi » en tant que tel, il contribue à sa légitimation là où d'autres le qualifient de dérive ou d'abus. Comme son plaidoyer quant à la nécessité de mesures fortes pour le maintien de l'état de droit paraît d'ailleurs le confirmer⁴⁵, la posture *positiviste* adoptée par Jakobs pousse à penser que, malgré les nuances de son propos⁴⁶ et sa réputation de fonctionnaliste, ce choix catégorique n'est peut-être pas tout à fait inconscient.

On qualifie de « positivistes » les approches du droit s'inscrivant dans le projet épistémologique formaliste, particulièrement développé en droit par Raymond Carré de Malberg, Hans Kelsen et Herbert Hart⁴⁷. Elles sont fondées sur la possibilité postulée de décrire un objet (le droit, ici) tel qu'il est dans la réalité extérieure, par une

méthode scientifique⁴⁸. Plus précisément, « le positivisme juridique présuppose trois thèses : une thèse de la vérité qui énonce qu'une proposition de droit peut être vraie ou fausse selon qu'elle correspond ou pas aux faits (aux aspects ou à la totalité de la réalité juridique empirique indépendante) qu'elle est censée décrire ou expliquer ; une thèse métaphysique qui énonce que le droit (ou la réalité juridique) est un 'objet' dont la constitution exige une certaine indépendance et objectivité par rapport au théoricien ; et une thèse sur la méthode, inspirée des méthodes scientifiques, qui garantit la correspondance entre les propositions de droit et la réalité juridique objective »⁴⁹. La deuxième thèse ainsi identifiée par Luc Tremblay, qui la qualifie de métaphysique, est particulièrement bien mise en mots par Günther Jakobs : ce dernier affirme à plusieurs reprises vouloir produire une théorie descriptive du droit, afin de le représenter tel qu'il est. Il entame ainsi son article dans la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* par une déclaration épistémologique forte : « je traite mon sujet comme un scientifique du droit [...] 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 »⁵⁰. L'objet « droit pénal de l'ennemi » est donc là, préexistant (à l'état de concept opéré dans la réalité, ce qui ne va pas sans difficultés épistémologiques – mais là n'est pas notre propos, comme on l'a annoncé en introduction).

44 Ainsi Bourdieu veut-il sortir de l'opposition radicale entre formalisme (autonomie absolue de la forme juridique par rapport au monde social) et instrumentalisme (droit comme outil au service des dominants, voy. Althusser), pour n'oublier ni la logique (interne) propre au droit ni son insertion dans des rapports de force sociaux plus globaux, et insister sur la spécificité du droit dans l'exercice de la violence symbolique voy. « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, pp. 3-19, en particulier pp. 3-4 et 12-14.

45 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit », *op. cit.*, p. 16.

46 Ainsi, lorsqu'il écrit que, bien que prévu dans les limites du droit et de l'État, « le droit pénal de l'ennemi maintient son caractère dangereux », voy. « Aux limites de l'orientation par le droit », *op. cit.*, p. 16.

47 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris : Sirey, 1920, pp. 25-28 not. ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris : LGDJ, 1999 (1960) ; H. L. HART, *op. cit.*

48 À partir des travaux d'A. Comte (de 1830 à 1842 surtout), et avec diverses variantes bien sûr.

49 L. B. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 33, 2002, pp. 71-95, p. 72.

50 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit », *op. cit.*, p. 7 (nous soulignons).

Méthodologiquement au moins, Jakobs se rapproche là des positivistes plus que de Luhman ou Searle⁵¹.

Dans cette perspective, la non remise en question de la catégorie « droit pénal » s'éclaire d'un nouveau sens – que l'on trouve dénoncé déjà, indirectement, par Mireille Delmas-Marty lorsqu'elle traite du caractère « légitimant » des pratiques que revêt la proposition de Jakobs⁵², et surtout par Geneviève Giudicelli-Delage lorsqu'elle écrit qu'« en présentant, *comme une évidence neutre*, l'existence d'un droit pénal de l'ennemi, en le théorisant, Jakobs, ne l'aurait-il pas voulu, le légitime comme une catégorie du pensable »⁵³. Car, depuis les travaux de Max Weber⁵⁴, on s'accorde majoritairement sur l'idée que, dans nos sociétés occidentales, « la légitimité de l'ordre juridique se décline sous la forme de la légalité »⁵⁵: l'imaginaire kelsénien demeure dominant, dans les sphères juridiques. Le choix (non motivé) de la catégorie « droit pénal » par Jakobs est d'autant plus

crucial que le positiviste considérera la légalité comme *seule* source de légitimité (à certains tempéraments près) – là où d'autres, par exemple, souligneront l'importance des valeurs sous-jacentes ou de la mise-en-œuvre de la loi⁵⁶. « La légalité formelle conçue comme type de légitimité joue, dans le champ politique, l'équivalent du rôle attribué à l'objectivité dans le domaine de la méthodologie des sciences sociales »⁵⁷. Autrement dit, au vu du contexte général et *a fortiori* de sa démarche positiviste, Günther Jakobs ne pouvait pas contester la catégorie « droit pénal », ni même s'en passer: elle est indispensable à l'existence des pratiques pour le juriste (positiviste) qu'il est, et à leur légitimation.

Si la catégorie « droit pénal » était peut-être impossible à questionner du point de vue de Jakobs, elle est certainement utile à son développement. On trouve en effet, chez lui, une oscillation fréquente: « en ce qui concerne le rapport entre le droit et les valeurs, les auteurs de doctrine positivistes oscillent souvent entre deux attitudes contradictoires. D'un côté, ils font une nette distinction entre le droit positif, réel, et le droit idéal, entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être, les juristes devant s'occuper du premier et non du second qu'il faudrait laisser aux philosophes et aux idéologues. Mais de l'autre côté, ils présupposent généralement que 'le droit, en tant que système, quel que soit son contenu, réalise l'ordre et la paix'. Que 'les règles du droit positif, quel que soit leur contenu, sont justes et doivent être obéies [...] non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont le droit' »⁵⁸. Günther Jakobs plaide bien pour un équilibre entre perfection et réalité

51 D'autant plus qu'il ne paraît pas prendre en compte le but ou les valeurs systémiques auxquelles contribuerait le droit pénal (voy. *supra*) mais seulement celles que pourrait sauvegarder une définition assumée de l'« ennemi ». Le « droit » n'est pas interrogé en tant que tel, dans ses fonctions, mais seulement « l'ennemi ».

52 M. DELMAS-MARTY, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier/mars 2010, p. 6.

53 G. GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 79.

54 Selon Max Weber, le type de légitimité rationnelle-légale de l'État est caractéristique de la modernité. Cette légitimité est la *croissance* (voy. *infra*) en la *légalité* de la réglementation élaborée et mise en œuvre par l'État: « la forme de légitimité actuellement la plus courante consiste dans la croyance en la *légalité*, c'est-à-dire la soumission à des statuts *formellement* corrects et établis selon la procédure d'usage » (M. WEBER, *Économie et société*, Paris: Plon, 1971 (1918-20), p. 73). Ainsi, l'idéal-type d'une « légitimité rationnelle-légale » weberienne a permis de montrer que, dans nos sociétés « modernes », légitimité et légalité sont étroitement liées, en ce que la légalité induit l'acceptation d'obéissance à la domination politique et à la contrainte juridique.

55 Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, *op. cit.*, p. 338.

56 Pour une présentation des théories de la validité du droit, suivie d'une proposition de combinaison des différents critères, voy. *Ibid.*, pp. 307-370.

57 À propos de Weber, J.-M. COICAUD, *Légitimité et politique: contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris: PUF, 1997, p. 27-28.

58 A. BAILLEUX et H. DUMONT, *op. cit.*, p. 285.

de l'état de droit⁵⁹ tout en défendant fermement l'ordre établi : il ne veut pas critiquer les règles existantes⁶⁰, d'une part, et écrit, de l'autre, qu' « 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 »⁶¹. Ce qu'il prétend décrire comme « existant en droit allemand », donc, apparaît aussi comme indispensable à ce dernier. Et la catégorie « droit pénal » vient renforcer cette prise de position.

Voilà qui s'éloigne explicitement de ses premiers objectifs de neutre description du « droit pénal de l'ennemi » (décrits *supra*). Certes, tout théoricien est toujours déjà pris dans ses objectifs, lesquels biaisent

59 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit », *op. cit.*, p. XX. Plaidant pour un équilibre entre perfection et réalité, Jakobs soutient qu'il est légitime de renoncer à l'expression la plus parfaite de l'état de droit, parce que ne pas agir contre les ennemis de cet État de droit nous éloigne aussi, pire, de cet idéal. On croit déceler ici une confusion entre les registres de raisonnement : l'état de droit n'est pas une structure de pouvoir ; c'est la *rule of law*, un concept, qui n'a pas à s'accommoder de considérations pragmatiques ou de limites concrètes. C'est un idéal, un objectif, pas un appareil. Cette interrogation épistémologique se distingue de nos propres interrogations sur l'intérêt ou la nécessité (le danger, pour nous) de transiger avec l'objectif démocratique dans nos sociétés, déjà constamment fragilisées.

60 « Je ne veux pas critiquer la règle en tant que telle, ce qui, d'ailleurs, resterait pratiquement infructueux, puisque, désormais, existent des normes de droit européen qui permettent de créer de telles règles. Mais ce qui m'agace un peu, c'est que des règles applicables aux ennemis ont été inscrites par le législateur « quelque part » dans le Code pénal. Comme, par exemple, la création d'une association criminelle et terroriste avec ses peines hautes, son intimidation, sa sécurisation. Je regrette que ces règles ne soient pas clairement distinguées des autres infractions. Quand on impose à un terroriste une peine qui est nécessaire pour le maintien de la validité de la norme, mais aussi une – *sit venia verbo* – mesure supplémentaire de sécurité, pourquoi ne le fait-on pas pour un voleur « embêtant » qui est jugé selon les règles du même code ? » G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit », *op. cit.*, p. 15.

61 *Ibid.*, p. 13.

sa (prétention à la) neutralité : même les plus radicaux des positivistes veulent généralement contribuer à une *clarification* des textes ou pratiques, laquelle biaise déjà leur « neutralité » en lui donnant un objectif⁶². Günther Jakobs n'est déjà plus neutre lorsqu'il écrit que « l'ordre établi, selon lequel le criminel devrait normalement être traité en tant que personne en droit, perd de la clarté avec une telle confusion des catégories [entre le droit pénal commun et ce qu'il appelle le droit pénal de l'ennemi], parce que les exceptions ne sont pas assez clairement identifiables par rapport à la règle générale (les autres infractions) et que cela crée une tendance dominante à penser que l'efficacité prime sur tout »⁶³. Ici comme chez d'autres auteurs, on trouve non seulement un objectif personnel de clarification, mais aussi une défense des principes propres à l'objet droit – clarté, généralité, publicité, non-rétroactivité, etc., constituant la « moralité interne du droit », selon les termes de Lon Fuller⁶⁴. Cette moralité interne tient de l'aspiration à la perfection juridique et non d'une éthique du devoir, mais substantialise néanmoins l'approche formaliste. Laquelle est tout à fait biaisée, en sus, lorsque Jakobs défend ouvertement la « dépersonnalisation » des « ennemis de l'état de droit ».

Au fond, Jakobs joue de la « pieuse hypocrisie » diagnostiquée par Pierre Bourdieu chez les juristes, « sorte de tour de passe-passe [...] par lequel le juriste donne comme fondé *a priori*, déductivement, quelque chose

62 En ce sens, L. B. TREMBLAY, *op. cit.*, p. 81. Ainsi Kelsen qui tient le droit pour une technique sociale doté d'unité, que la théorie permet d'appréhender avec exactitude, ou Raz qui met en avant l'une des fonctions du droit plus que les autres, celle de favoriser la « coopération sociale », cf J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford : Clarendon, 1979, p. 51.

63 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit », *op. cit.*, p. XX.

64 L. F. FULLER, *The morality of law*, New Haven : Yale U. P., 1978, p. 33 *et sqq.*

qui est fondé *a posteriori*, empiriquement. Cette pieuse hypocrisie est le principe même de ce que [Bourdieu] appelle la violence symbolique, de l'efficacité spécifique de toutes les formes de capital symbolique, qui est d'obtenir une reconnaissance fondée sur la méconnaissance. La violence symbolique, en ce cas, consiste à faire apparaître comme fondé dans une autorité transcendante, située au-delà des intérêts, des préoccupations, des soucis, etc. de celui qui les formule, des propositions, des normes, qui dépendent pour une part de la position occupée par ceux qui les énoncent [...] L'analyse de la violence symbolique permet de rendre compte de l'effet propre du droit, l'effet d'auto-légitimation par l'universalisation ou, mieux, la déshistoricisation⁶⁵. La critique bourdieusienne du droit, ou plutôt des juristes, dépasse largement notre propos – un renvoi à ses analyses renforce néanmoins notre position quant à la légitimation par le droit, pour les juristes, et à l'importance du choix de catégories «juridiques» dans leurs développements. Pierre Bourdieu explique bien que le droit est «la forme par excellence du pouvoir symbolique de nomination» (des groupes, des catégories sociales, etc.): sa performativité permet de mettre «un terme ou du moins une limite à la lutte [...] sur l'appartenance des personnes aux groupes»⁶⁶. C'est bien cela que l'on peut reprocher à la catégorie «droit pénal de l'ennemi» proposée par Jakobs: présenter comme acquise l'inscription en droit des extrémités auxquelles peut mener l'anti-terrorisme permet de les légitimer, en les inscrivant dans «l'ordre établi» que consacre le droit. Oui, il s'agit bien, pour Günther Jakobs, de défendre l'ordre établi, selon les règles de ce dernier. On réalise mieux encore à quel point est regrettable cette légitimation (des sanctions *ante delictum* et autres

exceptionnalismes contraires à l'esprit du droit pénal, voy. *supra*), par l'usage de la catégorie «droit», lorsqu'on se rappelle que le concept même de légitimité est lié aux théories de la domination; permettant l'imposition d'un pouvoir sans exercice de la violence physique, le droit s'inscrit parmi les modes de domination symbolique, et légitimité pourrait être définie comme «l'effet spécifique de la violence symbolique – et par là le premier contributeur à un ordre de domination»⁶⁷; de là, la légitimation des procédures dont traite Jakobs pourrait relever d'une telle stratégie (consciente ou non).

On peut s'accorder à ce sujet sans cesser de «croire» en le droit et la démocratie. On soutiendrait alors que la légitimité du droit relève certes de l'accord social à son sujet, qu'elle revêt par là des qualités (favoriser la cohésion sociale par exemple), mais qu'elle procède aussi de la domination car, en l'état de nos procédures menant à «l'accord» social et au vu du pluralisme de nos sociétés, tous ne sont pas également représentés dans ledit accord. Autrement dit, on peut admettre la concertation menant au droit et la légitimité qui lui échoit par là, sans nier les limites de ladite concertation et, même, en soulignant lesdites limites. Le droit tel que produit en démocratie a des mérites mais ne doit pas être idéalisé, en ce qu'il emporte une domination des plus faibles; user de la catégorie «droit pénal» induit aussi la légitimation de cette domination, en la parant des mérites démocratiques. Cela justifie qu'on en use avec prudence, sans la galvauder. À distordre l'une des formes majeures de l'ordre établi, on risque d'ébranler cet ordre en induisant le doute parmi ceux qui le subissent mais, consciemment ou non, le valident par leur confiance (ou leur foi). En d'autres termes, à fourer n'importe quoi (et de l'inacceptable)

65 P. BOURDIEU, «Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective», *Normes juridiques et régulation sociale*, dir. F. CHAZEL et J. COMMAILLE, Paris: LGDJ, 1991, pp. 95-99, p. 96.

66 P. BOURDIEU, «La force du droit», *op. cit.*, p. 13.

67 FR. LORDON, «La légitimité n'existe pas. Éléments pour une théorie des institutions», *Cahiers d'économie politique*, 53, 2007-2, pp. 135-164, p. 137; P. BOURDIEU, «Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective», *op. cit.*, p. 95 not.

dans la catégorie « droit », on pourrait fissurer l'équilibre précaire de nos démocraties pluralistes et inégalitaires.

2. Responsabilité du théoricien

Pourquoi se préoccuper du choix des mots par Günther Jakobs? On a montré *supra* que la catégorie « droit pénal » paraît contribuer à la légitimation des pratiques dont il traite, parce que nous sommes toujours coincés dans l'imaginaire kelsénien; on insiste ici en rappelant que la *légitimité* alléguée du droit dépend de la croyance, sans cesse reconduite, en l'ordre juridique⁶⁸.

Dans l'idéal-type rationnel légal défini par Weber, en effet, tout repose sur la *foi*: « l'expérience montre qu'aucune domination ne se contente de bon gré de fonder sa pérennité sur des motifs ou strictement matériels, ou strictement affectuels, ou strictement rationnels en valeur. Au contraire, toutes les dominations cherchent à éveiller et à entretenir la croyance en leur 'légitimité'. [...] D'une façon générale, il faut retenir que le fondement de toute domination, donc de toute docilité, est une *croyance*, croyance au 'prestige' du ou des gouvernants. »⁶⁹. Autrement dit, d'après Max Weber, la légitimité est la *croyance* des agents sociaux en la validité de l'ordre social et politique établi; la domination légitime n'a pas besoin de s'imposer par la force parce que les agents sociaux la croient valide: son autorité est indubitable et l'obéissance à son commandement a lieu sans discussion – elle va de soi. Renforcer cette croyance, ou cette foi, contribue donc à la légitimer. En cela, le théoricien exerce une responsabilité: présenter les conduites visées par Jakobs comme parts acceptables et souhaitables du droit, plutôt que dérives ou abus, force la confiance en faisant apparaître le « droit pénal de l'ennemi » comme un élément constitutif de l'ordre juridique.

68 P. BOURDIEU, « La force du droit », *op. cit.*, p. 15.

69 M. WEBER, *op. cit.*, p. 286 et 345.

En ce sens, sa théorie vient renforcer le *consensus* qui, bien que toujours supposé, sous-tend les pratiques visées par la théorie du « droit pénal de l'ennemi ». Car il faut bien un consensus pour désigner l'ennemi et, au vu de l'imaginaire legaliste qui domine, seul le droit peut offrir une telle illusion de consensus. La définition de l'objet « droit pénal de l'ennemi » ne tient en effet que par la fiction d'une communauté politique clairement définie, unie tant dans la définition de ses valeurs fondatrices que dans le rejet de ses « ennemis »⁷⁰: si le « droit pénal de l'ennemi » se rapproche de la pensée positiviste, méthodologiquement à tout le moins, il présente aussi des aspects néo-kantiens⁷¹, puisqu'il s'agit de faire acte de pouvoir « par cette puissance symbolique de désigner l'Autre, l'Ennemi, l'enjeu, la menace, le mal »⁷². C'est tout l'aspect moralisateur du « droit pénal de l'ennemi », si perceptible dans le discours américain de « guerre contre le mal »: il donne en plein dans la moralisation, ce qui permet de le rapprocher du recours actuellement massif au pénal que certains ont bien analysé⁷³. Pour le dire autrement, s'accorder sur l'idée que le « droit pénal de l'ennemi » repose sur un consensus (théorique), comme toute pensée conservatrice du droit pénal en tant que soutien de l'ordre établi⁷⁴, implique un choix pour le théoricien: renforcer ou ébranler le consensus. En d'autres termes encore, le droit n'est pas une technique

70 M. TONDINI, « Beyond the law of the enemy. Recovering from the failures of the global war on terrorism through (criminal) law », *Processi storici e politiche di pace/Historical processes and peace politics*, 2008-5, pp. 65-80, p. 66.

71 Sur le caractère toujours hybride des pensées du droit pénal, voy. M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non sens de la peine, op. cit.*, p. XX.

72 J. BAUDRILLARD, *La transparence du mal. Essai sur les phénomènes extrêmes*, Paris: Galilée, 1990, p. 89.

73 Voy. par ex. P. PONCELA, « Éclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, pp. 11-18.

74 Chez E. DURKHEIM par ex., *L'éducation morale*, Paris: PUF, 1963, not. p. 141.

neutre, ou l'ensemble des actions et décisions d'un État: il relève toujours d'une prise de position. Et Jakobs, par son approche legaliste des conduites qu'il qualifie de «droit pénal de l'ennemi» (outre ses prises de positions explicites quant à sa nécessité), a choisi.

On n'est pas forcé de le suivre dans ce choix, et de considérer que ce qui existe est déjà du droit, relevant du consensus⁷⁵: on peut ébranler (l'illusion de) ce dernier. Certes, si la pratique n'est pas inscrite parmi les sources formelles et classiques du droit, elle peut générer et modifier ce dernier⁷⁶ – mais pas seule, puisque «la seule issue face à une pratique résistante est le changement de la loi»⁷⁷ (au sens général de droit). On a vu, *supra* et ailleurs, à quel point le droit pénal de l'ennemi, comme pratique et en théorie, était contraire au droit pénal en tant que part d'un état démocratique. D'aucuns feront valoir des arguments liés à l'efficacité ou à l'effectivité, indispensables à la validité juridique (la loi perd certes en validité lorsqu'elle n'atteint pas ses objectifs ou n'est pas mise en œuvre) mais il faut bien, ici, distinguer l'effectivité de la loi pénale de l'efficacité des politiques sécuritaires: la seconde ne peut fonder la validité du droit mais seulement, peut-être, en expliquer l'usage. Ce n'est donc pas prôner une posture strictement positiviste que de refuser la pratique du «droit pénal de l'ennemi» comme constitutive du droit pénal: on a vu, plus haut, qu'elle instrumentalisait sa légitimité sans en respecter le fond; elle ne contribue ni aux objectifs du droit pénal, et donc à son efficacité, ni à sa mise-en-œuvre, et donc à son

effectivité (mais bien à celle des politiques sécuritaires). La pratique peut certes être source de droit mais elle peut aussi être hors-droit, auquel cas il faut la dénoncer.

Si le judiciaire ne le marque pas, ce sens du droit, que le législatif ne prend pas position non plus, alors reste le théoricien. Il est de la responsabilité du théoricien de réaffirmer les fondamentaux et de refuser la pratique abusive, afin de soutenir le juge s'il est saisi, afin de contrer le discours dominant. Car si le pénal est toujours politique, alors l'exercice de sa science l'est également. Loin donc des postures exclusivement descriptives prônées dans certaines branches des sciences sociales, on peut observer les pratiques dites de «droit pénal de l'ennemi» mais aussi les dénoncer; nous avons proposé de les disqualifier conceptuellement: il ne faut pas nécessairement accepter qu'il s'agisse de droit (pénal), on peut se demander s'il ne s'agit pas d'exercice abusif du pouvoir, et le dénoncer. Le droit peut résister à la pratique abusive.

On admet pleinement la nature politique de la pratique pénale et les interprétations du droit pénal comme instrument d'exclusion sociale⁷⁸ mais on plaide ici pour que la théorie du droit pénal fasse rempart à une certaine pratique. La nécessaire action interprétative du droit (y compris lorsqu'il s'agit de décider ce qui est droit et ce qui ne l'est pas) relève bien d'un choix, qui n'est pas seulement déterminé par les contraintes juridiques elles-mêmes⁷⁹. Et, vu que le juge n'est pas seul détenteur du sens du droit, dans les réseaux normatifs qui s'entrecroisent dans le tissu social, l'essentiel tient à la *motivation* des décisions⁸⁰, auxquelles peuvent contribuer la doctrine et la théorie du droit.

75 Ainsi quand il écrit: «je ne veux pas critiquer la règle en tant que telle, ce qui, d'ailleurs, resterait pratiquement infructueux, puisque, désormais, existent des normes de droit européen qui permettent de créer de telles règles», G. JAKOBS, «Aux limites de l'orientation par le droit», *op. cit.*, p. XX.

76 P. DEUMIER, «La pratique et les sources du droit», *Les sources du droit revisitées*, dir. I. HACHEZ *et al.*, vol. 3, Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 2013, pp. 111-136.

77 *Ibid.*, p. 123.

78 En ce sens, par ex. E. R. ZAFFARONI, *op. cit.*, not. pp. 47-51.

79 «L'exercice de la part de liberté qui demeure ouverte, le cas échéant, relève d'un acte politique au sens noble du terme» selon A. BAILLEUX et H. DUMONT, *op. cit.*, p. XX.

80 En ce sens, au sujet des magistrats, F. OST, «Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés?», *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles:

Au fond, tout est question de posture. On soutient fermement que « l'intellectuel ... n'est ni un pacificateur ni un bâtisseur de consensus, mais quelqu'un qui engage et qui risque tout son être sur la base d'un sens constamment critique, quelqu'un qui refuse quel qu'en soit le prix les formules faciles, les idées toutes faites, les confirmations complaisantes des propos et des actions des gens de pouvoir et autres esprits conventionnels. Non pas seulement qui, passivement, les refuse, mais qui, activement, s'engage à le dire en public. [...] Le choix majeur auquel l'intellectuel est confronté est le suivant : soit s'allier à la stabilité des vainqueurs et des dominateurs, soit – et c'est le chemin le plus difficile – considérer cette stabilité comme alarmante, une situation qui menace les faibles et les perdants de totale extinction, et prendre en compte l'expérience de leur subordination ainsi que le souvenir des voix et personnes oubliées »⁸¹. « Nous sommes en effet si aveuglés par les nouvelles formes du terrorisme, si stupéfaits devant l'ampleur et le spectacle de ses actes, que nous nous souvenons à peine de l'époque, pourtant récente, pendant laquelle un autre terrorisme nous consumait de l'intérieur et se nourrissait des critiques bien occidentales adressées à notre vie et à notre société. Ce fut l'époque de la Fraction armée rouge (RAF) en Allemagne fédérale, des Brigades rouges en Italie, de l'Action directe en France, pour ne citer que trois exemples célèbres »⁸² – des « exemples » face auxquels certains théoriciens ont pris position⁸³.

Bruylant, 2002, p.28. Plus généralement, voy. P. RICOEUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *Interprétation et droit*, P. AMSELEK (dir.), Bruxelles/Aix : Bruylant/P. U., 1995, p.177-188.

81 E. W. SAID, *Des intellectuels et du pouvoir*, Seuil, Paris, 1996, p.XX.

82 D. SARDINHA, « Réinvention et mort de la subjectivité. De la « question du terrorisme » à la mésentente entre Deleuze et Foucault », *Labyrinthe. Atelier interdisciplinaire*, 2008-1, pp.91-102, p.92.

83 voy. À ce sujet, par ex. Gilles DELEUZE, « Les intellectuels et le pouvoir. Entretien entre Michel Foucault et Gilles Deleuze »,

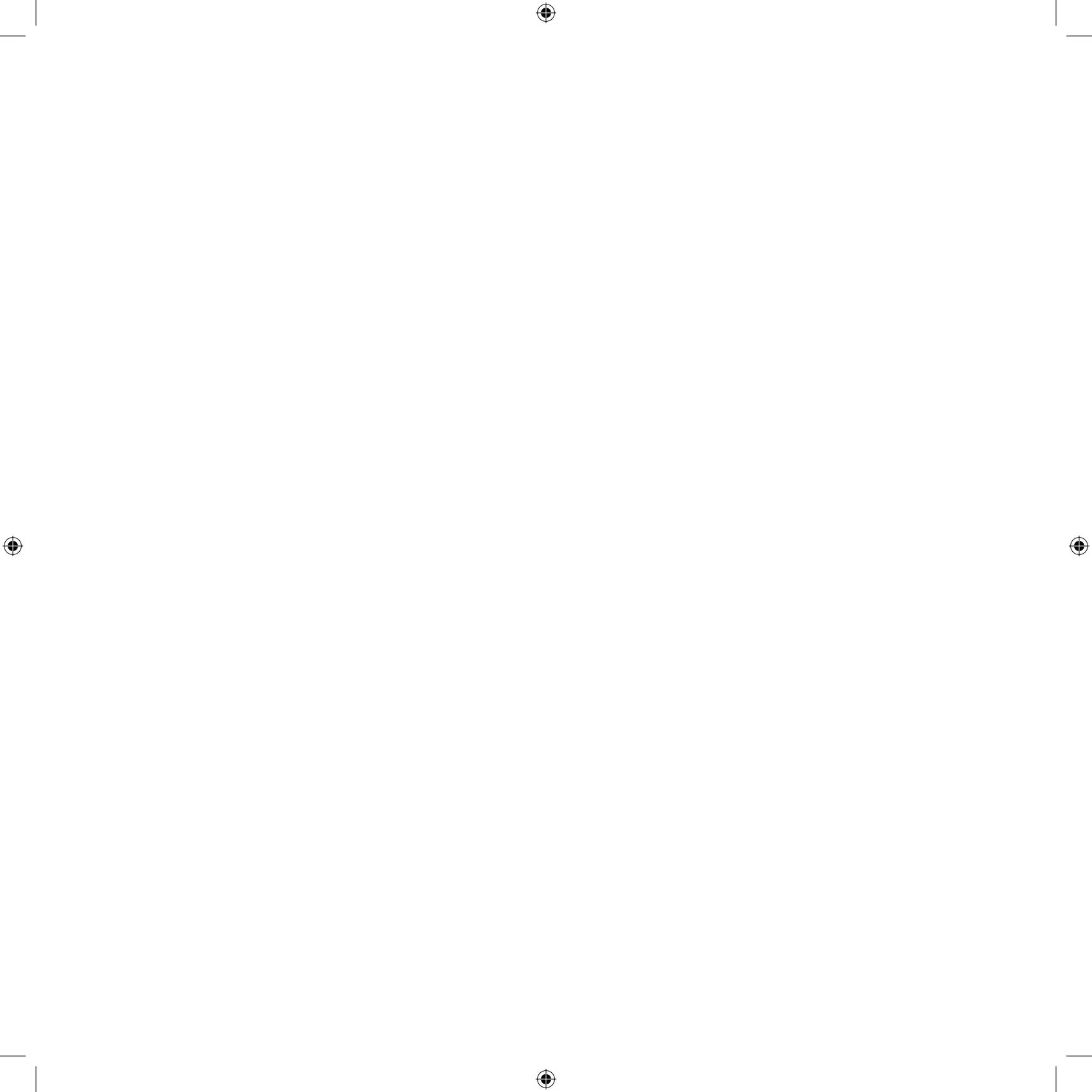
Conclusion

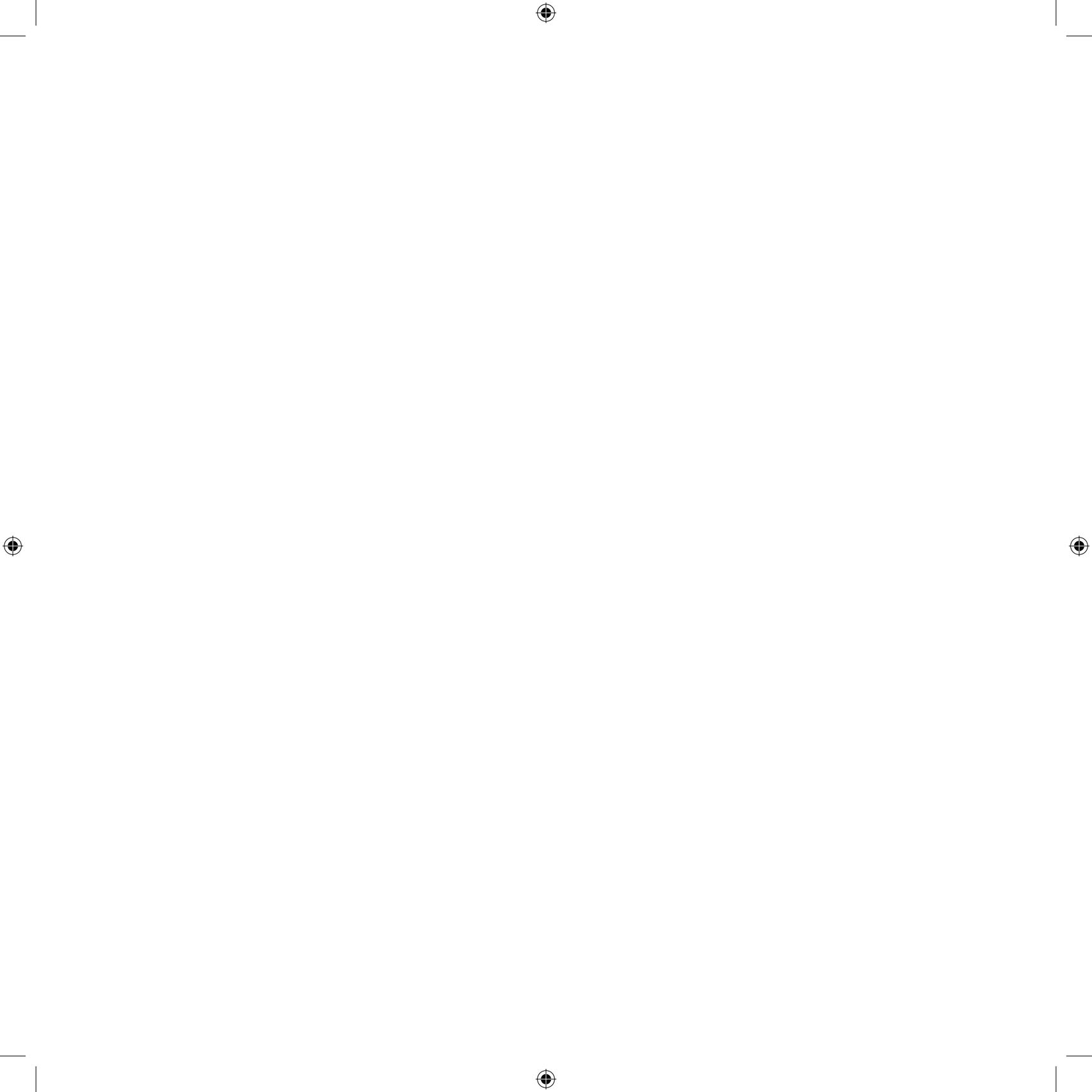
Notre réflexion s'est centrée ici sur certains aspects seulement de la proposition doctrinale élaborée par Günther Jakobs. Sans vérification empirique de sa pertinence ni commentaire des notions polémiques d'« ennemi » et d'« état de droit », on s'est concentrée sur une critique de son usage des termes « droit pénal » : dans une première partie, on a soutenu qu'il ne correspondait pas au concept de droit pénal, portant atteinte à ses contextes et principes (A.1) et relevant de la dérogation (A.2); dans une seconde partie, on a voulu montrer que cette inadéquation catégorique n'était pas anodine, car source de légitimation (B.1), et qu'il relevait de la responsabilité du théoricien d'y réagir (B.2).

Notre proposition n'est pas de « déjuridiciser » les conduites visées par le « droit pénal de l'ennemi » : leur inscription dans le droit permet de limiter les dérives du pouvoir exécutif et des politiques sécuritaires, notamment en offrant des voies de recours aux « ennemis » déclarés. On a plutôt voulu pointer plusieurs difficultés possibles dans la théorie même du « droit pénal de l'ennemi » – afin d'en souligner les dangers, déjà relevés par de nombreux auteurs, dont Jakobs lui-même⁸⁴. Car finalement, au-delà des écueils conceptuels et des débats théoriques, le champ investi par Jakobs requiert surtout, et d'abord, un positionnement politique fort.

L'Arc, no 49, Aix-en-Provence, mai 1972. Pour une prise de position comparable, voy. P. NIZAN, *Les Chiens de garde*, réédité par Agone, Marseille, 1998.

84 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit », *op. cit.*, p.16.





Achévé d'imprimer en novembre 2015
Imprimerie Présence Graphique
2 rue de la Pinsonnière
F - 37260 MONTS