

Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi **Geneviève Giudicelli-Delage**

Nous voilà donc entrés dans le présent. Celui qu'annonçait Jean Danet à la fin de son intervention.

Un présent où les codes et les lois n'hésiteraient plus, désormais, à faire place à une pénalité qui donne à la société des droits sur les individus à raison de ce qu'ils sont, et non plus à partir de ce qu'ils ont fait, ainsi que l'imposait le droit pénal moderne depuis la fin du 18^{ème} siècle pour le moins.

Un présent qui serait l'émergence et la recomposition d'une nouvelle, d'une autre pénalité, se construisant autour des notions de dangerosité et de risque, plus que de culpabilité.

Et c'est, peu ou prou, le constat de ces émergences nouvelles que Jean Pradel – pour ne citer qu'un auteur – a fait dans son commentaire de la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental. D'abord, parce que Jean Pradel a choisi de rebaptiser cette loi, l'intitulant « loi sur les criminels dangereux »¹, pour mettre en exergue que ces deux institutions nouvelles ne sont, selon ses propres termes, que les deux faces d'une même question : *la dangerosité de certains*. Ensuite, parce que ces deux institutions nouvelles lui apparaissent constituer une double révolution – c'est le titre de son article – une double révolution, doit-on comprendre, au regard des principes du droit pénal moderne.

Autre pénalité, révolution, remise en cause du droit pénal moderne. Un droit dont il n'est peut-être pas inutile alors de rappeler schématiquement la teneur, puisque son évidence semble vaciller. Une teneur résumée en une formule on ne peut plus célèbre : pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile. Les principes du juste et de l'utile constituant les deux éléments sur lesquels repose la légitimité de la peine et se combinant pour en tracer les conditions et limites – combinaison indispensable, rappelait Garraud², car, isolés l'un de l'autre, le juste et l'utile conduiraient à des conséquences également dangereuses.

Un droit pénal alors qui, pour échapper tout à la fois aux excès de la justice absolue d'une part et à ceux de la défense sociale d'autre part, prônait, notamment, qu'une peine n'est juste qu'autant que l'acte est reprochable, ce qui écartait toute possibilité de punition en dehors de toute imputabilité morale, et que la peine a tout ensemble une fonction rétributive et préventive spéciale, ce qui écartait toute possibilité de séparer culpabilité et dangerosité.

Or c'est bien la remise en cause de l'écart de ces deux possibilités que voit Mireille Delmas-Marty³ dans le droit pénal français actuel. Reprenant elle aussi la phrase de Jean Pradel – « les deux faces d'une même question » –, elle souligne que les deux nouveautés de la loi sont surtout les deux faces d'un même discours (destiné à apaiser les victimes et à rassurer l'opinion). Un discours qui, me semble-t-il, aurait rompu l'alliance nécessaire et affiché l'utile sans le juste, aboutissant ainsi, selon la formule de Mireille Delmas-Marty, « à vider la responsabilité pénale de toute signification », prise qu'elle serait entre une « dangerosité sans culpabilité » et une « culpabilité sans imputabilité ».

« Une dangerosité sans culpabilité », parce que la dangerosité s'autonomise, devient un concept détaché de l'infraction pénale, légitimant, après l'exécution de la peine, non seulement des mesures de soins et de surveillance, mais encore, avec la rétention de sûreté, un enfermement de durée indéterminée, le seul lien entre la surveillance ou l'enfermement et l'infraction pénale tenant au fait qu'une peine a été précédemment prononcée et exécutée pour un acte faisant partie d'une liste d'infractions, qui, selon le législateur, laisseraient présumer la dangerosité de leurs auteurs.

« Une culpabilité sans imputabilité », parce que la loi nouvelle, si elle ne modifie pas la façon de concevoir la responsabilité pénale en cas d'absence de discernement, autorise toutefois une audience où sera établie l'imputation matérielle des faits, où pourra être décidée une hospitalisation psychiatrique, où pourront être prononcées d'autres mesures de sûreté qualifiées telles par la loi mais dont la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, il y a quelques mois, qu'elles constituaient

¹ J. Pradel, Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, D. 2008, p. 1000.

² R. Garraud, Précis de droit criminel, Ed. Larose et Forcel, 3^{ème} éd., 1888, n° 17.

³ Toutes les citations de Mireille Delmas-Marty qui suivent sont extraites du cours prononcé au Collège de France en 2009.

en réalité des *peines*, cette décision constatant implicitement que le droit français permet désormais la punition sans l'imputabilité⁴.

Mais, si ces deux nouveautés constituent le franchissement de limites – que le ferme attachement à la combinaison des principes du juste et de l'utile aurait rendues infranchissables – elles s'ancrent dans un ensemble plus vaste où se développent une désindividualisation judiciaire de la peine avec les peines-planchers, une radicalisation des mesures de surveillance, un maillage de plus en plus étroit des fichiers de bases de données personnelles permettant une traçabilité individuelle, au nom de la dangerosité et du risque.

Les fissures dans la digue du droit pénal moderne sont ainsi de plus en plus nombreuses et l'on ne peut s'empêcher de penser à la mise en garde de Garraud, « aux conséquences dangereuses » si juste et utile devaient être isolés l'un de l'autre, ou encore à la phrase de Foucault citée par Jean Danet. Sans doute a-t-on cessé de pressentir « ce qu'il y aurait de redoutable à autoriser le droit à intervenir sur les individus à raison de ce qu'ils sont ».

En tout cas, les pratiques montrent indéniablement la mise en place de ce que l'on appelle – mais l'appellation elle-même appellera réflexions – un droit pénal de la dangerosité en France. Peut-être plus encore dans certains pays étrangers. L'émotion suscitée – du moins chez quelques uns – notamment par la création d'une rétention de sûreté s'explique sans doute par le fait que la France a plus longtemps et mieux résisté à cette nouvelle forme de droit pénal que certains autres pays. Jean Pradel, pour justifier la loi de 2008, l'a rappelé : « plusieurs législations européennes », écrit-il, « ont créé un instrument analogue ou très proche, comme les Pays-Bas, la Belgique, l'Angleterre, la Suisse ou l'Allemagne »⁵. Et Jean Pradel aurait pu, il est vrai, élargir cette comparaison à d'autres pays, tels les Etats-Unis et le Canada, ou à d'autres mesures de surveillance, d'interdiction ou de fichage.

Sans doute, les dispositions ne sont-elles pas toujours semblables, mais leurs effets en sont très comparables. Sans doute aussi, leurs fondements techniques peuvent-ils différer, mais la dangerosité, de manière explicite ou non, constitue bien toujours le cœur de ces dispositions.

Les pratiques apparaissent ainsi partagées, leurs proximités donnant à ce droit une allure d'inéluctabilité. Est-ce finalement là l'une des explications de la mollesse de la plupart des protestations françaises et du silence – sans viser celle qui approuve – de la majorité de la doctrine pénaliste ?

Ce sont donc ces pratiques que je voudrais d'abord interroger : dans leur temporalité, leurs fondements techniques, la manière dont elles travaillent de l'intérieur le droit pénal. Mais il ne s'agit bien là que de pratiques, « qui ne sont pas le résultat d'une réflexion délibérée et approfondie sur la signification du droit pénal et de la responsabilité pénale » comme le notait Mireille Delmas-Marty dans son cours. Elles seraient, selon elle, « un substitut par rapport au véritable enjeu qui est l'incapacité du système à répondre aux objectifs affichés (éradiquer le crime / supprimer jusqu'au risque du crime) d'un discours politique que sous-tend une culture de la peur que le choc terroriste des attentats de New-York, Madrid, Londres a éternisée, emportant une double perturbation : une déformation de la réalité par la sélection de cibles, une transformation du contrôle social qui repose sur toujours plus de sécurité par le sacrifice des libertés individuelles (des cibles identifiées plus particulièrement).

Et puisque le thème de cet après-midi nous invite à aller des pratiques aux doctrines, c'est ensuite à l'examen et à la mise en question d'une doctrine qui se veut descriptive de ces pratiques, la doctrine du droit pénal de l'ennemi, que je consacrerai mon propos.

Droit pénal de la dangerosité

⁴ Cass. Crim. 21 janvier 2009 ; v. P-J Delage, Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale – A propos de Crim 21 janvier 2009, RSC 2009, p. 69.

⁵ *Op. cit.*, p. 1012.

De la *temporalité* des pratiques, je voudrais simplement souligner les mouvements et les paradoxes.

L'histoire des pratiques – qui évidemment ne sera que schématique et non exhaustive – conduit à constater trois périodes. Les mécanismes étrangers⁶ toujours actuels de prise en compte de la dangerosité apparaissent au début du 20^{ème} siècle, en Angleterre, avec l'emprisonnement à durée indéterminée des délinquants récidivistes lorsque ceux-ci présentaient un danger significatif pour la protection des personnes et des biens. Mais ces mécanismes se multiplièrent surtout à partir de la loi néerlandaise de 1928 créant, sous l'influence des pratiques jurisprudentielles, pour les malades mentaux dangereux, la mise à disposition du gouvernement (c'est-à-dire une détention de sûreté qui, par renouvellements successifs, pouvait être illimitée), la Belgique adoptant cette mise à disposition, en 1930, pour les anormaux et délinquants d'habitude, l'Italie, en 1930, faisant entrer les mesures de sûreté dans le Code Rocco, l'Allemagne instaurant, en 1933, un internement de sûreté des criminels d'habitude dangereux, notamment sexuels. Cette mesure de détention-sûreté, introduite dans la législation pénale allemande moins d'un an après l'arrivée au pouvoir du parti nazi, est l'une des très rares législations de cette époque à avoir été maintenue par les Alliés, en 1945, en Allemagne de l'Ouest. Pour autant, après guerre, comme toutes les autres lois de dangerosité, anglaise, belge, néerlandaise, elle est largement entrée en sommeil, ne s'appliquant que de manière résiduelle à certains délinquants sexuels. Sans doute, à cette époque, voit-on le Canada adopter les peines indéterminées pour les repris de justice en 1947 (sur le modèle de la loi anglaise de 1908), ou les Etats-Unis prévoir des peines-plancher, dans les années 50, en matière de drogue. Mais ce n'est que vers la fin des années 80 puis celle des années 90, que sont réactivées les mesures de dangerosité par des réaménagements des lois anciennes, notamment à l'égard des délinquants sexuels, une distinction s'opérant entre délinquants dangereux et délinquants à contrôler, avant qu'au début de notre siècle ne se produise une accélération et, pratiquement dans tous les pays, un durcissement des mesures précédentes, une accélération qui s'amplifie, ces deux dernières années (2007-2008) ayant vu presque partout la mise en place ou la modification des législations en la matière.

Cela fait donc maintenant plus de 20 ans que, de réactivations en accélérations, se dessinent ces nouveaux droits pénaux de la dangerosité.

Un paradoxe pourrait être que la réactivation s'est produite alors même que, dans certains des pays concernés (le Canada, l'Angleterre), les statistiques enregistraient à cette période une baisse, ou pour le moins une stagnation, de la criminalité. Et c'est le plus souvent à l'occasion d'un fait divers que furent prises dans tous les pays ces lois nouvelles, ne serait-ce que la fameuse loi californienne des trois *strikes*, ou la modification du droit des mineurs en Angleterre à la suite de l'assassinat de deux jeunes enfants par un autre. Le constat est ainsi tout autant spatial qu'historique – Clémenceau, farouche opposant de la relégation, se dressait déjà contre l'utilisation du fait divers⁷. Mais l'audience de ces faits divers s'amplifie, s'internationalise par l'effet de la médiatisation. (Illustration de cet effet, l'impact de l'affaire Dutroux, par exemple, ne s'est pas fait sentir seulement en Belgique mais aussi en Allemagne). Certaines de ces lois portent même le nom de la victime, comme la *Megan's Law* (loi fédérale américaine qui impose aux Etats d'organiser la surveillance des délinquants sexuels sortis de prison sous peine de perdre les subventions qui leurs sont allouées par l'Etat fédéral. Tous les Etats ont ainsi choisi d'avoir une *Megans's Law*) et dont l'impact s'est également fait ressentir au Canada.

Quant à l'accélération, sans doute n'est-elle pas étrangère à la menace terroriste, certains subissant en quelque sorte les dommages collatéraux du 11 septembre.

Un autre paradoxe pourrait être la survie des législations des années 30, et notamment la loi allemande, dans un régime démocratique. Son origine nazie n'a semble-t-il gêné ni les Alliés – il y aurait beaucoup à dire sur l'indifférence, pour ne pas dire l'adhésion à certaines pratiques eugénistes – ni la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Mais, sans doute, cette survie n'a-t-elle été possible, dans les premières décennies, que parce que ces lois n'étaient que peu appliquées. Une certaine ineffectivité

⁶ Tous les exemples étrangers sont extraits de la recherche collective, intitulée *La dangerosité saisie par le droit pénal* (dir. G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges), à paraître aux éditions PUF, dans la collection Les voies du droit.

⁷ V. J-Y Montfort, Méditer les leçons de l'histoire, Les Annonces de la Seine, 31 janvier 2008, n°8, p.4.

qui rencontre celle des lois inspirées, dans certains pays, par la défense sociale nouvelle, dans les années 50-60. Il est vrai que l'heure de ces dernières lois n'était pas bien choisie, si l'on considère que l'essor, la réactivation, l'accélération ne se sont produits qu'à des périodes de crises économiques plus ou moins fortes, c'est-à-dire dans des périodes où les populations sont plus facilement accessibles à un discours de peur et d'exclusion (En bref, pour anticiper sur le débat « Comment sortir de l'impasse ? » : programmons Trente nouvelles Glorieuses...).

Quelle que soit la temporalité, les mesures étrangères liées à la dangerosité ne reposent pour autant pas sur les mêmes *fondements techniques* dans tous les pays.

Les mesures les plus anciennes en Angleterre, aux Etats-Unis ou au Canada s'inscrivent dans une logique de la peine, qu'elle soit indéterminée ou peine-plancher. Mais si la dangerosité (ou le risque) a pu y tenir une place importante, c'est certainement parce que, dans les systèmes anglo-américains, la protection du public constitue la fonction première de la justice pénale. (Protection du public qui figure, en Angleterre, dans le nom même de la mesure IPP : emprisonnement à durée indéterminée en vue de la protection du public) ; et que, par ailleurs, le pragmatisme anglo-américain ne s'embarrasse guère de la détermination de la nature des mesures mises en place.

Tout au contraire, c'est sur le fondement d'une dogmatique que la détention de sûreté et autres mesures de sûreté ont pu s'enraciner dans la plupart des pays continentaux.

Cette dogmatique, c'est la théorie de la double voie, selon laquelle à l'égard de la personne concernée, la peine a pour objectif exclusif de répondre à la faute, et la mesure de sûreté pour objectif exclusif de défendre la société. Rétribution pour la peine, prévention spéciale pour les mesures de sûreté et d'amélioration, ces deux voies reposent sur une séparation claire et peuvent se cumuler si l'intérêt de la société le justifie. Cette distinction, fondamentale en droit allemand, a été validée par la Cour constitutionnelle fédérale en 2004 (5 mai) : la détention sûreté ne visant pas la culpabilité mais le danger que représente le détenu, elle n'est donc pas une peine au sens du droit allemand et dès lors les principes du droit des peines – en l'espèce était en question la non-rétroactivité – ne lui sont pas applicables.

Cette distinction peine / mesure de sûreté, le Code pénal français de 1994 ne la connaissait pas. Toute mesure prononcée par le juge pénal était une peine, soumise à tous les principes du droit pénal. Et pourtant, insidieusement, la distinction est réapparue, dans la jurisprudence de la Cour de cassation d'abord, dans les législations ensuite, présentée par une partie de la doctrine comme une distinction claire et incontestable, acceptée par le Conseil constitutionnel, si ce n'est que, face à la rétention de sûreté, le malaise du Conseil – pour reprendre une expression de Christine Lazerges⁸ – s'est fait jour, ce dernier n'ayant finalement qualifié la rétention ni de peine, ni de mesure de sûreté.

Quoi qu'en dise la dogmatique, la séparation n'est ni claire ni incontestable. Non seulement parce que toute peine comporte un objectif de prévention et parce que toute mesure de sûreté prononcée par le juge pénal est ressentie par celui qui la subit comme une rétribution/punition, mais encore parce que le droit comparé montre que les mêmes mesures peuvent indifféremment, selon les pays, être qualifiées de peine ou de mesure de sûreté. Pour exemple simplement (dans les pays continentaux) : la détention-sûreté allemande est sans doute aucun qualifiée de mesure de sûreté, la rétention de sûreté française (malgré le silence du Conseil constitutionnel) est sans doute une mesure de sûreté inavouée mais au régime spécifique, la mise à disposition belge est une peine complémentaire, alors que, foncièrement, toutes ces mesures sont semblables. L'enjeu de la qualification ne tient donc pas à l'essence de la mesure mais à son régime, à sa soumission ou non aux principes du droit pénal.

C'est ainsi que *la dangerosité travaille le droit pénal de l'intérieur*. De l'enjeu de la qualification, en effet, les conséquences sont considérables, puisque retenir la qualification de mesure de sûreté permet d'écarter tous (ou presque, pour tenir compte, en France, du malaise constitutionnel) les principes du droit pénal. Je me limiterai à deux exemples. La non-imputabilité n'interdit nullement une détention de sûreté (peu importe son nom) qui peut être illimitée ; il arrive même que le sort des malades mentaux soit identique peu important leur imputabilité. La dissociation culpabilité/dangerosité autorise que le

⁸ Ch. Lazerges, La rétention de sûreté et le malaise du Conseil constitutionnel, RSC 2008, p. 705.

principe de proportionnalité ne joue que pour la peine qui peut être courte mais non pour la mesure de sûreté qui peut être longue, le contrôle de la mesure portant sur l'existence mais pas forcément sur la gravité de la dangerosité (dans l'affaire Mücke, si la peine privative de liberté prononcée pour vol qualifié et coups et blessures était de 5 années, cela fait maintenant plus de 18 ans que dure la détention-sûreté). Mais je dirai surtout que l'effet d'*ultima ratio* du droit pénal n'a plus à jouer sa fonction d'endiguement, et que rien n'interdit une extension continue puisque la mesure n'a pour seul but que de protéger la société et n'emporte à l'égard de la personne ni affliction ni infamie (selon la Cour Constitutionnelle fédérale allemande). Un seul exemple, celui de l'Allemagne encore. Alors qu'à l'origine la détention-sûreté ne s'appliquait qu'aux majeurs aux conditions suivantes : la loi sur la détention-sûreté devait être applicable au moment du jugement, la personne devait être condamnée pour la troisième fois, le tribunal devait décider de la détention-sûreté, dont la durée était limitée à 10 ans, lors du jugement de cette troisième affaire, la dangerosité devait être constatée à ce stade, dorénavant (par vagues successives de modifications depuis 1998), la détention-sûreté peut s'appliquer pour toute dangerosité même apparue postérieurement au jugement – en prison –, même si le tribunal ne s'était pas réservé la possibilité de statuer ultérieurement sur la dangerosité éventuelle, et même si au moment de la condamnation la loi sur la détention-sûreté n'était pas applicable (cela concerne l'ancienne RDA), il suffit d'une seule condamnation préalable ou même de simples réitérations, la détention peut être illimitée, cette mesure s'appliquant à partir du prononcé de peines relativement faibles (2 ans le plus souvent), sans oublier que le dispositif s'applique désormais aux mineurs pour certaines infractions si la peine prononcée est au moins de 7 ans de privation de liberté. Et c'est bien là le paradoxe d'un droit pénal, qui, *justement, parce qu'il n'est pas un*, peut ainsi proliférer.

Mais ne s'attacher qu'à l'effet de la distinction peine/mesure de sûreté serait sans doute une erreur. Car même lorsque les dispositifs s'inscrivent dans la logique de la peine, les règles du droit pénal peuvent se trouver perturbées. Ainsi, le Canada, en 2008, a instauré une présomption de dangerosité imposant à la personne concernée de démontrer son absence de dangerosité, seul moyen d'échapper à la déclaration de délinquant dangereux et au prononcé d'une peine de détention pour une durée indéterminée, qui, certes, pourra cesser, mais à la condition que la personne établisse qu'elle n'est plus un danger pour le public (deux preuves aussi impossibles l'une que l'autre à rapporter). (L'Angleterre avait établi une telle présomption obligatoire en 2003. Reflux suffisamment rare pour le noter, la présomption est devenue facultative pour le juge en 2008). Ainsi, l'existence, dans certains Etats des Etats-Unis, du verdict de culpabilité pour les malades mentaux irresponsables. La décision est qu'ils sont coupables mais mentalement malades. Ils doivent donc être soignés mais s'ils guérissent avant le terme de leur condamnation ils devront purger la peine à laquelle ils ont été condamnés. Ainsi encore du développement d'une justice actuarielle (notamment en Amérique du Nord) qui, pour décider de la peine, se réfère à des statistiques nécessairement étrangères au cas particulier et à la personnalité de l'auteur.

Le droit pénal de la dangerosité est ainsi un droit pénal rongé de l'intérieur, et dont les frontières extérieures sont également incertaines. Non seulement parce qu'il se colore de plus en plus « d'élaborations et méthodes propres au droit civil » (pour reprendre les expressions de Jean Danet citant Foucault (il y aurait beaucoup à dire mais je n'en dirai rien), mais encore parce que son identité incertaine le démarque mal de la multiplicité – surtout dans les pays anglo-américains – de mesures restrictives ou privatives de liberté, certificats de sécurité, *orders* divers (dont certains sont de nature pénale, d'autre pas), engagements *ante delictum* de ne pas troubler le public, mesures qui visent des individus parfois en raison d'actes commis, parfois en raison d'actes qu'ils seraient susceptibles de commettre de par certaines de leurs particularités, appartenances à des groupes ou tout simplement à une population désignée à risque.

Se dessinent ainsi les figures de la dangerosité et des dangereux. La liste pourrait en être longue. S'y trouveraient malades mentaux, délinquants sexuels, toxicomanes, alcooliques – peut-être – violents, membres de groupes criminels organisés ou non, membres de minorités, étrangers, terroristes mais aussi jeunes. Certaines de ces figures sont récurrentes, d'autres sont éphémères selon les lieux et les époques (par exemple le dangereux sexuel a été l'homosexuel, il est devenu le pédophile, mais il peut être aussi l'exhibitionniste). Selon les pays, les figures fortes ne sont pas forcément les mêmes, si se

retrouve plus ou moins partout la même classification : incorrigibles auxquels s'adressent des mesures de rétribution/prévention/élimination ; incontrôlables et imprévisibles – dangereux par cela même sur le fondement de la prédiction d'une chose qui, par sa nature, semble imprévisible – auxquels s'adressent des mesures d'amélioration par le soin, de neutralisation par la surveillance voire par la ségrégation. Mais il faudrait aussi cerner les figures de la dangerosité par leur envers, les figures de la non-dangerosité ; et l'on pourrait sans doute constater que, parmi ces non-dangereux, certains font courir des risques immenses (économiques, financiers, écologiques). C'est dire que ce n'est pas le risque qui est pris en compte de manière objective, mais bien *le risque que font courir certains pour ce qu'ils sont*, ou pour ce que les sociétés présument qu'ils sont. Zaffaroni⁹ estime ainsi que la rhétorique du bouc-émissaire est ici à l'œuvre. Il n'est donc pas étonnant que certains discours nomment ces dangereux ennemis (qu'ils soient de l'intérieur ou de l'extérieur). Dès lors, il est temps de s'intéresser à la doctrine du droit pénal de l'ennemi.

Droit pénal de l'ennemi

Parler, de nos jours, de doctrine du droit pénal de l'ennemi, c'est renvoyer à la pensée de Günther Jakobs et au débat international qu'a suscité son premier essai paru à la fin des années 90. Un débat qui a porté non seulement sur la validité axiologique de la doctrine mais encore sur l'existence d'un droit pénal de l'ennemi, sur ses contours et contenus, sur l'ennemi entendu comme paradigme, c'est-à-dire comme référence pour la construction d'un droit pénal nouveau. Sur ce débat, je vous engage à lire le n°1/2009 de la Revue de science criminelle et de droit comparé¹⁰.

Pour l'instant, je me contenterai de parler de la position de Jakobs¹¹, étant entendu que je la schématiserai – là encore je vous renvoie à la lecture de la RSC. La position de Jakobs est qu'il existe déjà un droit pénal de l'ennemi : son objectif n'est donc pas d'inventer ou de construire un tel droit mais simplement d'en constater l'existence. Etant précisé, que si le droit pénal de l'ennemi est souvent compris comme le droit pénal capable d'affronter les agressions venant des ennemis absolus que sont les terroristes, il faut se rappeler la date du premier essai de Jakobs, c'est-à-dire une date antérieure aux attentats du 11 septembre, et surtout constater que, pour ce dernier, le terroriste n'est que l'exemple extrême de l'ennemi et que c'est notamment sur la détention-sûreté allemande que Jakobs a fondé sa réflexion. La doctrine vise ainsi tous les dangereux et pas seulement les terroristes. Il me semble important d'en tenir compte, car braquer les projecteurs sur les seuls terroristes risquerait de laisser dans l'ombre le sort de beaucoup d'autres, bien plus nombreux.

Jakobs écarte d'emblée la question de l'être humain pour privilégier le concept de personne juridique et constater que tous les êtres humains n'ont pas forcément tous les mêmes droits (un enfant a moins de droits qu'un adulte : il ne peut pas voter par exemple). Dès lors, le concept de personne juridique est un concept élastique. La diversité de qui, juridiquement, est personne exclut donc de considérer, au regard de leurs droits, toutes les personnes comme identiques. Seul le citoyen a une personnalité juridique pleine.

Il introduit ensuite la notion de contrainte : toute contrainte (garde à vue, écoute téléphonique, peine, etc.) restreint les droits de l'individu et constitue donc une dépersonnalisation plus ou moins forte suivant l'intensité de l'atteinte aux droits.

Enfin, il oppose entre eux certains concepts : culpabilité *versus* dangerosité ; citoyen *versus* individu dangereux / ennemi (à l'extrême, dit-il, terroriste). La culpabilité est réservée au citoyen car, malgré l'acte qu'il a commis, on peut attendre de lui qu'il se comportera à l'avenir de manière légale. La dépersonnalisation qu'il subit est limitée à la seule contrainte de la peine en rétribution de son acte. La dangerosité interdit une telle attente. La société doit se protéger, comme elle se protège contre un ennemi, si et aussi longtemps qu'elle ne peut pas attendre de l'individu qu'il se comportera de manière

⁹E. R. Zaffaroni, Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants, RSC 2009, p.43, et plus spéc. p. 57.

¹⁰ Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain, RSC 2009, p. 3 à p. 68, avec les articles de Michèle Papa, Günther Jakobs, Francisco Muñoz Conde, Massimo Donini, Eugenio Raúl Zaffaroni et Mireille Delmas-Marty.

¹¹ Aux limites de l'orientation du droit : le droit pénal de l'ennemi, RSC 2009, p. 7 à p. 18.

légale, et la contrainte, donc la dépersonnalisation, est plus ou moins forte selon les cas, elle peut devenir extrême.

De cet ensemble, il ressort un premier constat, à savoir que la culpabilité ne s'adresse qu'au citoyen, la dangerosité à l'ennemi, que toute contrainte est une forme de dépersonnalisation, que la dépersonnalisation du citoyen est limitée, celle de l'ennemi peut être extrême.

Jakobs examine ensuite les mécanismes du droit pénal de l'ennemi qui reposent sur les mesures de sûreté (comme la détention-sûreté) et les mesures d'anticipation. Le deuxième constat est donc que le droit pénal de l'ennemi est un droit d'exception et qu'il vaut mieux le reconnaître comme tel afin de ne pas brouiller les catégories pénales : il existe un droit pénal du citoyen, et à côté et en opposé un droit pénal de l'ennemi.

Le troisième constat est que ce droit pénal matériel de l'ennemi s'accompagne d'un droit procédural de l'ennemi, droit dérogoire, qui restreint ou annihile les règles du procès équitable (n'y ont plus cours le droit au juge naturel, les droits de la défense, le droit au silence, le droit au recours, etc.) – il raisonne alors principalement sur le terroriste. Le procès équitable est donc un droit du citoyen, il n'est pas celui de l'ennemi.

La position personnelle de Jakobs est que certes, avec des mesures telle la détention-sûreté, « l'on a quelque part franchi le Rubicon » (que l'image dominante est celle de la dépersonnalisation et de la nécessité de la contrainte, que la dangerosité de l'individu détenu prime sur tout, qu'il est devenu un ennemi et n'est plus un citoyen), *mais* que l'Etat, qui doit et veut protéger ses citoyens, ne peut pas se passer d'une telle institution, et plus généralement d'un droit pénal de l'ennemi ; que priver quelques uns de certains droits pour combattre une source de danger est une lutte, une guerre (tout autre mot serait un embellissement de façade, dit-il), pour autant un Etat de droit, qui, au nom d'une conception idéale, abstraite, se refuserait à employer de tels moyens, perdrait de sa réalité (et ne conserverait pas, dans le pire des cas, grand chose de la notion abstraite) : en bref, sauvegarder l'Etat de droit suppose aussi d'employer des moyens contraires à l'Etat de droit. Justifié par une exigence de réalisme, le droit pénal de l'ennemi le serait encore du fait même que ce sont les individus eux-mêmes qui se sont exclus du jeu en raison de leurs actes et comportements.

Il y a plusieurs manières d'aborder la doctrine de Jakobs. L'on peut d'abord ne s'intéresser qu'à sa valeur explicative des pratiques. Sous cet angle de vue, la thèse de Jakobs montre, au moins partiellement, en quoi le Rubicon a été franchi : le droit pénal de la culpabilité menacé par le droit pénal de la dangerosité ; le droit pénal de l'infraction supplanté par le droit pénal de l'auteur – en tant que danger ; la finalité resocialisatrice de la peine remplacée par celle d'exclusion, neutralisation, élimination (« troisième coup », peines indéterminées, détention de sûreté indéterminée, régime pénitentiaire ou hospitalier dur, ségrégation de fait). Elle montre aussi le brouillage des catégories juridiques dès lors que le droit pénal de la dangerosité ne s'affiche pas comme un droit d'exception et la possible contamination de l'ordinaire par l'exceptionnel. Elle souligne encore l'amputation de droits, au-delà, de celle qu'implique la peine ; et si Jakobs pense ici plus particulièrement au terroriste, d'autres subissent effectivement de telles amputations, ne serait-ce que, par exemple en Angleterre, les malades mentaux, lorsqu'ils sont l'objet d'un *restriction order* (décision judiciaire interdisant au condamné malade mental détenu dans un hôpital d'être entendu par un juge, le soumettant ainsi au seul bon vouloir du Ministère de l'Intérieur).

Pour autant Jakobs s'est arrêté, dans ce constat, en chemin – aller plus loin évidemment interdit toute approbation de ce type de droit pénal. La distinction personne/être humain qu'il pose d'emblée lui permet d'éviter *la dépersonnalisation extrême qui conduit à la déshumanisation*. Non seulement celle qui consiste à employer torture, traitement inhumain et dégradant, mais encore celle qui consiste à ramener un être humain à une seule caractéristique, sa dangerosité : ainsi que l'a écrit un auteur, dans la RSC en 2007, « réduire un être humain à sa seule dangerosité reviendrait à lui refuser toutes autres caractéristiques que l'on accepterait de reconnaître dans les « autres » membres de la communauté humaine – les « non-dangereux » – et, par ce mouvement réducteur, à refuser d'admettre son égale

dignité »¹² ; ou encore la déshumanisation qui consiste à prédire la dangerosité d'une personne, soit en raison de son appartenance à un groupe, une minorité, soit en fonction de données statistiques, c'est-à-dire en niant l'irréductible singularité de chaque être humain. Si la déshumanisation passe moins qu'autrefois par l'animalisation – encore qu'il ne faille pas sous-estimer le langage médiatique – c'est la chosification qui guette, les comportements humains étant analysés à l'aide de concepts et méthodes élaborés, par exemple, pour les produits dangereux. Et Mireille Delmas-Marty a justement souligné, dans son cours, l'emploi de termes empruntés au monde des choses : risque, traçabilité, etc.

Par ailleurs, la position de Jakobs selon laquelle les ennemis se sont eux-mêmes exclus du jeu ne permet de prendre en compte que les ennemis « volontaires » (le terroriste, le violent, etc.) mais certainement pas ceux dont les facultés mentales leur interdisent tout choix. Et cette manière de dédouaner le système – « au fond, ils l'ont bien cherché » – me conduit inévitablement vers une autre lecture, polémique cette fois. Les raisons de polémiquer sont multiples et je ne les épuiserai pas toutes.

Le choix d'abord du mot ennemi, lourd de connotations historiques, d'autant plus lorsque l'on appuie son raisonnement sur une institution d'origine nazie. Lourd de réminiscences inévitables : théories de Carl Schmitt ou de certains pénalistes nazis¹³ : Mezger, par exemple, parlant du projet concernant « les étrangers et ennemis de la communauté », dans lequel était proposés – et furent ensuite appliqués – la stérilisation des personnes asociales dont l'héritage est indésirable, la castration des homosexuels, l'internement pour une durée indéterminée dans des camps de concentration des incorrigibles. « Dans le futur », écrivait-il, « il y aura deux droits pénaux : un droit pour la généralité (dans lequel essentiellement se maintiendront les principes appliqués jusqu'à présent) et un droit pénal (complètement différent) pour des groupes spéciaux de personnes déterminées comme par exemple ceux qui ont tendance à la délinquance. L'aspect décisif sera d'établir dans quel groupe sera incluse la personne en question. *Une fois que l'inclusion sera faite, le droit spécial devra s'appliquer sans limites. Et à partir de ce moment, les différenciations juridiques n'auront plus de sens.* Cette séparation entre divers groupes de personnes me semble réellement nouvelle ; là réside le nouveau commencement ». Là réside « la terrible société », aurait dit Foucault. Mais où sont les différences avec la doctrine de Jakobs ? Faut-il alors reprocher à Jakobs d'avoir réveillé ces souvenirs, ou au contraire le remercier de souligner par cet emprunt tout ce vers quoi peut conduire une telle doctrine ?

Mais le mot ennemi renvoie encore, et Jakobs le dit expressément, à la lutte, à la guerre. Comme le montre parfaitement Massimo Donini¹⁴, le droit de l'ennemi – version américaine – est pratiqué de manière à ne jamais arriver devant un juge : on abuse d'instruments parapénaux, de prévention et de contrôle, de détentions administratives, et de mesures adoptées sous des formes qui permettent d'éviter le contrôle juridictionnel. Alors que le droit pénal de l'ennemi – la doctrine est une construction européenne – s'inscrit dans un processus judiciaire. Tout à la fois respectueux de ses garanties juridictionnelles et perturbateur de ces mêmes garanties, dès lors que le juge serait appelé, non à être un tiers impartial, mais à participer à la lutte et à devenir ainsi l'adversaire de la personne taxée d'ennemi.

L'on pourrait dès lors soutenir, puisque nos juges ne ressemblent pas à cela, l'inadéquation de la formule « droit pénal de l'ennemi » au regard des pratiques du droit pénal de la dangerosité. Si ce n'est, toutefois, que l'on ne peut que s'interroger sur l'effectivité et l'efficacité du contrôle juridictionnel : sur la latitude du juge face aux expertises ou pronostics de dangerosité (ou de risque), mais aussi et surtout sur la protection réelle qu'offrent les droits de l'homme. Comment ne pas être troublé, lorsque l'on constate que les censures ou condamnations des Cours constitutionnelles ou de la CEDH ne se font, si l'on écarte la question de la torture, qu'à la marge et n'atteignent pas le cœur des mesures ? Par exemple, c'est la rétroactivité de la rétention de sûreté que le Conseil constitutionnel a censurée ; c'est la combinaison de fouilles corporelles routinières et autres mesures de sécurité draconiennes dans les établissements de sécurité maximale néerlandais qui a conduit la CEDH (2004)

¹² P-J Delage, La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité, RSC 2007, p. 797, et plus spéc. p. 799.

¹³ Voir F. Muñoz Conde, Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ?, RSC 2009, p. 20 à p. 23.

¹⁴ Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ?, RSC 2009, p. 31, et plus spéc. p. 31 à p. 37.

à retenir une violation de l'article 3 CSDH, etc. Le risque est donc que ne soient rendues effectives que des garanties qui laissent finalement intacte la substance même du droit pénal de la dangerosité.

C'est ensuite l'affirmation par Jakobs qu'un Etat, même de droit, ne peut se passer d'un droit pénal de l'ennemi. C'est donc affirmer l'efficacité de ce droit, sa nécessité pour assurer la sécurité.

Je ne ferai que deux remarques.

La première est en forme de boutade. Jean Pradel, dans l'article que j'ai déjà cité, après avoir rappelé les expériences étrangères, ajoute : « nos criminels sont-ils donc plus raisonnables que ceux des pays voisins qui eux seuls auraient besoin d'une telle ligne Maginot pénale ? »¹⁵. La ligne Maginot. C'est vrai, la France se croyait bien à l'abri, derrière... Vous connaissez la suite de l'histoire... Je trouve excellente cette formule de ligne Maginot pénale. Car elle dit parfaitement ce que Jean Pradel – qu'il me pardonne cette ironie – ne voulait pas dire. A savoir que se mettent en place des leurres de sécurité, qui ne protégeront pas la société, mais que les atteintes aux libertés individuelles, elles, sont ou seront bien réelles.

La deuxième remarque est que l'on affirme protéger la société en enfermant à vie un dangereux. Mais l'on affirme ou l'on affirmait aussi protéger la société en exécutant les criminels. Si donc est prouvée l'inefficacité quant à la protection de la société de la peine de mort, l'on doit admettre l'inefficacité de toute autre mesure d'élimination.

Mais, et ce sera ma dernière réflexion, c'est évidemment la posture prétendue de Jakobs, et ce qu'elle emporte, qui a prêté et prête le plus à polémique. Une posture d'observateur neutre décrivant simplement une réalité. Cette posture de neutralité, Jakobs ne la tient pas, puisqu'il se prononce pour la nécessité d'un droit pénal de l'ennemi. Mais s'il ne la tient pas, ce n'est pas par défaillance, c'est parce qu'une telle posture est intenable. Je vous renverrai simplement à la lecture de Zaffaroni, dans la RSC, et à ce qu'il appelle « l'indéniable nature politique du savoir juridique pénal »¹⁶.

Mais l'important est 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.

Or, c'est cette légitimation même que l'on doit interroger, du moins lorsque l'on ne prétend pas à la neutralité scientifique, et que l'on croit en l'esprit de résistance.

Je laisserai les derniers mots de mon intervention à Zaffaroni, dont le titre de l'article est on ne peut plus clair et engagé : « Dans un Etat de droit, il n'y a que des délinquants » (et donc pas d'ennemis).

Il alerte sur le danger que courent les Etats de droit à admettre certaines pratiques. « Tous les Etats de droit de ce monde, écrit-il, sont en réalité un processus de contradiction permanente entre l'Etat de droit et l'Etat de police qui reste enfermé à l'intérieur de l'Etat de droit, encapsulé, contenu mais avec des pulsions constantes essayant de perforer et, si possible, de faire éclater la capsule. Aussitôt que la contention s'affaiblit, l'Etat de police émerge avec la tendance à dériver vers un Etat absolu »¹⁷.

Son exhortation est alors la suivante : « les lois continuent d'exister, mais la science juridique pénale doit les délégitimer... C'est la puissance du discours, qui est l'unique force qu'exerce le savoir juridique ». Et pour vaincre tout esprit de résignation, il ajoute « il n'y a pas de pouvoir qui subsiste sans le discours qui le légitime ; ou du moins, il s'affaiblit dans une bonne mesure »¹⁸. (Et c'est un argentin qui écrit cela...).

¹⁵ *Op. cit.*, p. 1012.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 45.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 56.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 57.