

Jurisprudence

Revue critique

2015

Droit pénal et politique de l'ennemi

Sous la direction de Jean-François Dreuille

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

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 recevabilité et qualité 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.

priée³. 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. À 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 positif.

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 étêté²¹. 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 propio 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).

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

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-poiétique, 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 « mythologique » du droit, voy. J. LENOBLE et Fr. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles : Pub. Saint-Louis, 1980.

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, « Derogation », *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.

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 dérogatoire [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

30 J. BENTHAM, « Traité 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.

32 Cour d'Arbitrage (Belgique), 14 juin 2000, n8 71/2000, M. B., 12 août 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]it 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

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

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.

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.

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 légaliste 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.

68 P. BOURDIEU, « La force du droit », op. cit., p. 15.

69 M. WEBER, op. cit., p. 286 et 345.

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