

L'ennemi dans le Livre IV du Code pénal français : approches comparées

Stéphanie AUBERT*

Résumé

L'Etat de droit implique un encadrement strict des normes pénales. Deux mécanismes sont alors nécessaires : la hiérarchie des normes et un contrôle de constitutionnalité rigoureux. De plus, le législateur, relativement à la matière pénale est contraint par des principes stricts ayant valeur constitutionnelle comme celui de la légalité ou de la nécessité des peines. L'Etat de droit, dans cette optique, n'admet que des délinquants qui ne peuvent être qu'empêcher de nuire.

Nonobstant cet encadrement, des catégories hybrides ont vu le jour. L'ennemi s'est alors immiscé auprès du simple délinquant même criminel. Cette nouvelle caractérisation a transformé le normalisme, le rendant plus sévère et conduisant à l'élaboration d'un droit pénal de l'ennemi coexistant avec le droit pénal général et ordinaire. Le Code pénal français et plus spécifiquement, son Livre IV, n'en sont que le reflet. L'ennemi est présenté comme une figure dérogatoire centrale commandant le partage de la dichotomie défense et sécurité. Se dessinent ainsi au sein du Code pénal un droit pénal de la sécurité et un autre de la défense. La dérogation qui se devait exceptionnelle dans un tel Etat de droit devient omniprésente et l'ennemi occupe alors une place ordinaire. Ce sont ainsi les principes du droit pénal général qui sont mis à mal ainsi que les règles fondamentales de l'Etat de droit.

Ainsi, l'ennemi est défini comme un guerrier plongeant le Code pénal dans une autre dimension, celle de la militarisation des infractions et des valeurs. Ces errances et cette sévérité croissante sont pourtant sources d'obscurantisme dans l'application des concepts, prouvant les dérives de ce droit pénal de l'ennemi.

Summary

The rule of law involves a strict frame of the penal standards. Two mechanisms are then necessary: the hierarchy of the standards and a rigorous control of constitutionality. Furthermore, the legislator, regarding to the penal case is forced by strict principles having constitutional value as that of the legality or the necessity of the punishments. The rule of law, in this optics, admits only delinquents who can be only prevent damage. In spite of this frame, hybrid categories were born. The enemy then interferred with the simple delinquent even criminal. This new characterization transformed the normalism, making it more severe and leading to the elaboration of a criminal law of the enemy coexisting with the general and ordinary criminal law. The penal code and more specifically the fourth book are there only the reflection. The enemy is then presented as a central exceptional face commanding the sharing of the dichotomy defense and security.

Take shape then a criminal law of the security and other one of the defense within the penal code depending widely on the questioned person. The dispensation which owed exceptional in such ruel of law becomes omnipresente and the enemy occupies then an ordinary place.

It is so the principles of the general criminal law that are damaged as well as the fundamental rules of the rule of law putting him in trouble so much the legitimacy of these standards is debatable.

So, the enemy is defined as a warrior plunging the penal code into another dimension that of the militarization of breaches and values. These wanderings and this increasing severity are nevertheless sources of obscurantism in the application of the concepts proving the drift of this criminal law of the enemy.

La présence de l'ennemi dans l'Etat de droit n'est pas évidente. Si l'Etat a une obligation de protection des citoyens face aux menaces et aux attaques, il ne peut le faire qu'en respectant son obligation positive d'être le garant des droits et libertés. Sa première obligation trouve dans la seconde sa limite. Ce paradoxe se trouve au cœur même de ce qui se joue dans le Code pénal français.

L'ennemi est l'autre, l'étranger n'entrant dans aucune règle juridique pré-établie. Il ne peut être jugé de façon impartiale tant sa survie est insoutenable pour la société¹. Selon Carl Schmitt, l'essence de la

* Doctorante, attachée d'enseignement à l'Université de Lyon III, France.

politique est de pouvoir choisir un ennemi et de doter l'appareil étatique de moyens illimités pour le détruire. L'ennemi n'est plus, dans cette conception, l'*inimicus*, mais bien l'*hostis* qu'il convient de tuer avant de soi-même mourir.

Edmund Mezger, pénaliste allemand de la première moitié du XX^{ème} siècle ira plus loin. Les personnes qui n'appartenaient pas à la race aryenne n'étaient pas dignes d'être traitées comme des membres de la communauté du peuple, ce qui entraînait de facto toute négation d'une personnalité civile et juridique². On peut faire un parallèle, certes exagéré mais convainquant avec la situation américaine. L'amendement *Ashcroft* est révélateur de ce point de vue en permettant que la nationalité américaine soit retirée aux étrangers qui seront désormais expulsés s'il est avéré qu'ils entretiennent des liens avec une entreprise terroriste. Cette dernière peut être définie comme étant un groupe ayant recouru ou menacé de recourir à la violence pour atteindre ses objectifs. Il en va de même pour ceux apportant leur aide quand bien même celle-ci ne serait pas illégale. Rappelons alors, à ce titre que le *Patriot Act* qui devait expirer le 27 Mai 2011 a été prolongé dans l'indifférence générale par un vote in extremis le 26 Mai 2011 et ce jusqu'en juin 2015. Toujours aux Etats-Unis, la prison de Guantanamo est symptomatique de cet espace où le droit n'a aucune force, où les libertés sont reléguées à l'entrée de ce lieu comme suspendu dans la sphère illégale du droit.

Ce postulat a conduit à la transformation de l'ennemi en infracteur pour lui voir appliquer les règles du droit pénal. En regardant les thèses de Schmitt et de Clausewitz, la dichotomie est plus simple. Si le premier a développé ses idées au travers de la théorie du partisan, il a gardé à l'esprit l'idée du second qui veut que la guerre ne soit que la continuation de la politique par d'autres moyens, sans pour autant confondre les deux notions. La différence entre les deux penseurs se situe justement sur ce point dans la mesure où le premier va les confondre au sein de la guerre irrégulière. Clausewitz va donc distinguer deux moments : celui du politique où il cesse d'y avoir des ennemis pour laisser place à des délinquants, maquillant un pouvoir de guerre en un pouvoir punitif et le moment belliciste qui ne connaît que des ennemis. Schmitt, quant à lui, laisse subsister des ennemis dans le politique puisque sa guerre est permanente. A l'appui de ces doctrines, il est possible de dire que l'Etat décrit par Schmitt est proche de celui dans lequel nous vivons, tant les ennemis sont érigés en infracteurs de droit commun. Justement, le droit commun est aujourd'hui empreint de normes qui sont extraordinaires et dérogoires opérant là encore une mutation. En effet, les juristes pénalistes assistent impuissants à un déballage de lois consacrant la notion même d'ennemi alors même que les droits de la défense n'ont jamais autant eu le vent en poupe. Or, la législation pénale de l'ennemi est incompatible avec l'Etat de droit et elle ne peut trouver de légitimation véritable, comme en témoigne l'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme disposant que : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ».

Cette position va à l'encontre de celle développée par Günther Jakobs, pour qui il est nécessaire que le droit pénal de l'ennemi soit efficient dans un Etat de droit, pour prendre le relai du droit commun en cas de défaillance, selon des considérations non raciales ou ethniques mais bien au regard de considérations fonctionnelles pour défendre ce qu'il nomme « la sécurité cognitive ».

Par un habile raisonnement, on arrive à distinguer deux branches du droit pénal : le droit pénal de l'ami s'opposant au droit pénal de l'ennemi, mis sur un pied d'égalité dans notre Etat de droit. Dans les faits cette coexistence est paradoxale et utopique puisque le pouvoir punitif est par nature encadré par l'Etat de droit alors que le droit pénal de l'ennemi demande un pouvoir non limité.

Auparavant, l'ennemi allait de pair avec le phénomène guerrier, que ce soit une guerre civile ou une guerre interétatique. Aujourd'hui la réalité de ce mot est beaucoup plus complexe répondant à un

¹ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, 1932. Traduction française : *La notion de politique*, éd Flammarion, Paris, 1963. Dernière édition : éd Calman Levy, Paris, 1994.

² E. Mezger, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, 1^{er} édition, Berlin, 1934. Traduction française : *Politique Criminelle sur le fondement criminologique*.

impératif de sécurité absolue commandant de se méfier de tous ceux qui nous défont en durcissant les règles du droit pénal et de la procédure pénale. On assiste ainsi à une criminalisation évidente de l'ennemi, qui jusqu'à présent ne pouvait être traité sur ce terrain en raison de son appartenance à un droit indépendant et exceptionnel : le droit international humanitaire ; ce qui présupposait d'ailleurs que l'ennemi ne pouvait être qu'international et sujet de droit car le plus souvent étatique.

Cette problématique a fait l'objet d'un dossier spécial dans la *Revue de Sciences Criminelles* en 2009³, c'est donc bien que le trio ennemi, humain et droit pénal est indissociable. Pourtant, cette évidence n'avait pas d'écho lorsque l'adversaire et le barbare tenaient des places de choix aux côtés de l'ennemi. Le premier est celui que l'on neutralise et non que l'on détruit que ce soit sur les terrains opérationnels ou sur le terrain du droit par des opérations de police et non par la voie militaire au contraire de l'ennemi qui doit être traité par les voies extrêmes et notamment par un droit dérogatoire. Le barbare est, quant à lui, celui que notre mode de pensée ne conçoit pas et d'ailleurs dans l'antiquité grecque, ne perdons pas de vue que ce terme désignait celui qui ne parlait pas grec. Il semblerait donc qu'actuellement l'adversaire ait laissé sa place à un ennemi barbare envahissant la sphère criminelle. Ce dernier est traité dans l'Etat de droit français de façon paradoxale. Si les textes et plus particulièrement le Code pénal ont une fâcheuse tendance à nier son existence et son essence en façade, ils tendent tous vers une militarisation croissante, provoquant de ce fait une confusion dramatique. Les juristes peuvent dire que la suspension de l'Etat de droit est patente au profit d'un Etat absolu camouflé. On retrouve cette idée à une autre échelle dans la mesure où la justice internationale a d'abord été celle des vainqueurs avant d'être celle qui échoue dans la désignation de l'ennemi. Le droit pénal de l'ennemi serait donc une réaction à l'apparition d'un ennemi absolu que le droit commun ne pourrait affronter. En rejetant brutalement les règles juridiques qui sont le ciment de la société, l'ennemi se placerait lui-même dans une situation extrême conduisant à ce nouveau paradigme.

Nous serions tentés dans un souci de simplification, de situer historiquement ce bouleversement à l'effondrement des Tours jumelles le 11 septembre 2001. En réalité, il faut remonter aux écrits de Günther Jakobs pour voir naître le concept de *Feindstrafrechts* et plus particulièrement à un Congrès qui s'est tenu en octobre 1999.

La construction théorique d'un droit pénal de l'ennemi, très présent dans le livre IV du Code pénal français, n'exclut pas l'absence patente de définition tandis que l'ennemi porté aux nues est stigmatisé. Pour ce faire, le Code pénal tourne autour de notions évidentes comme le terroriste ou le délinquant politique sans jamais leurs trouver des contours précis. Cette criminalisation rampante est dangereuse pour notre Etat de droit même si les dégâts sont moindres que dans un état d'exception qui deviendrait une norme ordinaire. Il ne faut pas pour autant se féliciter de ce traitement juridique dans lequel les instances chargées de dire le droit se perdent.

L'un des plus grands errements de notre Code pénal est de ne faire qu'une infime distinction entre le risque et la menace, les mettant même parfois sur un pied d'égalité. Or, si dans le premier cas la désignation d'un ennemi n'est pas à faire, elle est obligatoire pour le second. Il est certain qu'un simple risque n'a pas sa place sur l'autel du droit pénal au regard des principes généraux qui le gouvernent, ce qui rend donc la rédaction de notre code actuellement blâmable. L'ennemi n'a alors pas plus sa place dans cette source puisqu'il renvoie à la notion de défense qui ne devrait pas trouver de tribune dans un texte consacré aux délinquants et adversaires de la sécurité publique. Le nouveau principe directeur du droit pénal de l'ennemi pourrait alors être le principe de précaution et non plus le principe de la légalité pénale rendant la responsabilité pénale illimitée et éloignant la prévisibilité juridique.

Une seule question brule alors les lèvres des juristes au regard de ces quelques mots : l'ennemi est-il vraiment une entité juridique faisant du Code pénal le lieu de son anéantissement ? En d'autres termes : le droit pénal de l'ennemi est-il encore du droit dans l'Etat de droit ? La question se pose avec intérêt si l'on considère que faire acte de justice n'implique pas la destruction de la personne mais bien

³ RSC janvier-mars 2009 : *Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international*.

sa préservation et son amélioration tandis que la guerre se mène avec pour seul dessein que de voir choir l'ennemi sans grande considération pour sa personne même.

Au regard du Livre IV du Code pénal français, l'ennemi semble être défini de façon catégorielle même si l'ensemble du Code pénal connaît de façon insidieuse cette figure. Un traitement dérogatoire et original lui est réservé mettant de côté certains principes du droit pénal général (première partie). Pour autant, la guerre s'invite dans ce texte normatif touchant les délinquants au détriment de la clarté des définitions de cette figure déviante (seconde partie).

I. L'ennemi dans le Livre IV : une définition catégorielle dérogatoire

Non exclusivement désigné dans le Livre IV du Code, l'ennemi est abordé en filigrane dans le reste du texte de façon sournoise. Un mélange des genres est alors opéré entre la sécurité et la défense (A). Mais c'est dans le Livre IV, intitulé « Des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique » qu'est développé avec force le droit pénal de l'ennemi (B).

A. L'ennemi du Code pénal au livre IV : une figure déviante de la sécurité et de la défense

La sécurité commande de protéger la société de toute survenance d'un danger quelconque. L'ennemi est alors le risque et non plus seulement la personne ou le groupement qui cherche à nous atteindre directement. C'est ainsi que le Code pénal est empreint de ce nouveau paradigme non plus seulement dans le Livre IV mais bien dans son ensemble. Cette figure déviante vient alors endosser un fait contraire à la morale sociale.

La loi du 5 mars 2007⁴ condamnant le « *happy slapping* » est un exemple de cette évolution. Alors qu'auparavant la jurisprudence se basait sur l'infraction de violences volontaires pour poursuivre l'auteur de l'agression et sur les infractions de non assistance à personne en danger et d'atteinte à la vie privée pour celui qui filmait, aujourd'hui c'est une infraction autonome. Il aura fallu la diffusion de l'agression d'une enseignante en plein cours dans un lycée de Porcheville filmée par un téléphone portable pour que le législateur intervienne en faisant de l'auteur de l'infraction et de celui qui filme la scène des auteurs à part entière de l'infraction risquant ainsi une peine de 5 ans d'emprisonnement et une amende de 75 000 euros⁵. L'Europe a connu la même inquiétude face à cette délinquance. Le Royaume-Uni a été secoué le 30 octobre 2004 par ce fait divers où un homme de 38 ans est mort sous les coups de 5 assaillants, dont le plus jeune n'avait que 14 ans. C'est une jeune fille qui tenait la caméra et qui s'est rendu complice en filmant la scène. Ils ont été jugés et reconnus coupables d'homicide involontaire et condamnés à 12 ans d'emprisonnement et 8 ans pour l'apprenti cinéaste. L'ennemi est alors plus un risque qu'une menace mais puni avec la même sévérité.

Le décret du 19 juin 2009⁶ relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage est encore plus éloquent. Pris suite aux débordements survenus en marge du sommet de l'OTAN à Strasbourg en avril 2009, il reflète une réalité nouvelle. Etienne Vergès écrira à ce propos que ce n'est qu'une « *manifestation supplémentaire de la tendance gouvernementale à déclencher l'arme répressive en réponse à un fait divers largement médiatisé et une nouvelle illustration d'un certain populisme pénal* »⁷. Les diverses justifications liées à la protection de l'ordre et de la sécurité publiques sont certes valables mais cette nouvelle intervention normative édictant une contravention était disproportionnée au regard du nombre d'auteurs potentiels. En effet, notre droit positif contenait déjà des dispositions pour lutter contre les fauteurs de troubles lors des manifestations publiques en invoquant la défense nationale et sa préservation dans le livre IV du Code pénal⁸.

C'est ainsi que l'article R645-14 a vu le jour luttant contre un adversaire masqué d'une capuche ou de tout autre moyen rendant impossible son identification. L'élément matériel de cette contravention est

⁴ Loi n°2007-297.

⁵ Article 222-23-3 Code pénal.

⁶ Décret n°2009-724 (JO du 20 juin 2009, page 10067).

⁷ Etienne Vergès, *Revue de sciences criminelles*, Chronique législative, Octobre-Décembre 2009, p 882.

⁸ Article 413-3 du Code pénal.

bien la seule dissimulation du visage sans même la survenance de faits délictueux caractérisant ainsi une infraction formelle. Quant à l'élément moral, il est normalement déduit de la matérialité des faits. Or dans cet article, l'adjectif « *volontairement* » dans le premier alinéa ainsi que l'expression « *afin de ne pas être identifiée* » témoignent de la présence d'un dol spécial rendant cette contravention singulière. Elle l'est à ce titre mais sa spécificité se joue également sur le fait que la récidive soit prévue expressément au deuxième alinéa, ce qui est rare pour cette catégorie d'infraction.

Pourtant, le Conseil d'Etat dans sa décision du 23 février 2011⁹ a validé l'intervention du pouvoir réglementaire au détriment du législateur. Il est patent que le premier agissait dans le cadre de l'article 34 de la Constitution en argumentant que cette contravention ne portait pas atteinte au droit de manifester mais bien qu'elle protégeait l'ordre public des atteintes à la sécurité publique. Elle était de ce fait conforme à la fois à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen et aux articles VII et VIII de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

On peut très clairement en conclure que l'ennemi est mis en lumière de façon préventive afin de lutter contre d'éventuelles violences. C'est donc bien par le biais d'une infraction obstacle que se fait la désignation de celui que l'Etat de droit se doit de condamner afin de veiller sur l'ordre public. Cette notion n'est que subjectivité et il est fâcheux que le terme même figure dans les termes de l'incrimination tant le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale¹⁰ est mis à mal. Là encore c'est l'idée de risque qui doit être soulignée faisant de toute survenance hypothétique un mal à combattre. Le juriste n'aura pas manqué de relever que l'existence d'un dol spécial est contraire à un texte réprimant seulement un risque.

On peut noter une autre entorse aux principes généraux du droit pénal et plus spécifiquement l'obligation de légiférer en des termes clairs et précis. Qu'en est-il de la définition du « *motif légitime* » du troisième alinéa permettant de s'exonérer de toute responsabilité ? En l'absence de toute définition textuelle, il reviendra au juge de trancher, alors même qu'il n'a pour mission que de dire le droit et non de le clarifier. On peut faire la même remarque au sujet de l'expression « *usages locaux* » permettant également de ne pas se voir condamné. Il semblerait au regard de ce troisième alinéa que le double élément moral se déduise des faits dans la mesure où lorsqu'il n'y a ni motif légitime ni usage local, l'infraction est consommée. Ce décret érige donc en délinquant n'importe quel risque de trouble à l'ordre public en la personne d'un citoyen et non une menace identifiée.

On assiste de ce point de vue à un phénomène d'« *overdose législative* »¹¹ rendant la loi imprécise et peu fiable dans la mesure où elle n'a vocation à s'appliquer qu'à un nombre limité d'individus ou à un type précis de délinquance. La loi devient un outil de codification de chaque type de délinquance en réaction à un phénomène criminel. Ainsi le législateur se rend complice de la désignation et de la stigmatisation de l'ennemi au cœur de l'Etat de droit. C'est une personne même qui est visée et parfois même les apparences ou encore les idées. Nous pourrions penser à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public en date du 11 octobre 2010¹² et entrée en vigueur le 11 avril 2011 dont les enjeux culturels et religieux ont été soulignés par tous les commentateurs tant le débat sur la laïcité a fait grand bruit¹³.

Les similitudes avec le Décret du 19 juin 2009 sont nombreuses notamment sur l'esprit du texte à savoir la protection de l'ordre public par la préservation de la sécurité publique en visant une infinité de personnes.

La seule différence réside dans le fait que le champ d'application du décret de 2009 était volontairement circonscrit à la « *dissimulation illicite* » laissant penser qu'il existait alors une dissimulation licite. La loi du 11 octobre 2011 s'y attaque puisqu'elle est interdite pour quel que motif que ce soit et peu importe

⁹ CE 23 février 2011 n°329477.

¹⁰ Article 111-4 du Code pénal.

¹¹ Frédéric Debove, *Revue de droit pénal*, numéro 10, octobre 2004, étude numéro 12 page 6-8

¹² Loi n°2010-1192.

¹³ Jean-Baptiste Perrier, *Revue de sciences criminelles* 2011, page 425.

les circonstances. Cette loi est singulière car sous couvert de la protection de l'ordre public, elle lutte contre le mal absolu pour une démocratie : le port du niquab ou de la burka et donc l'islamisme radical. L'ennemi intérieur a par là même de multiples visages entre celui qui porte une capuche et celle qui porte le voile intégral. Ainsi, nous serions tentés de croire que ces deux ennemis sont traités de façon identique par le législateur, ce qui est une méprise totale. L'hypocrisie de ce dernier est alors palpable tant cette notion est pour lui compliquée. Ces lois de police ne sont par conséquent pas à mettre sur un pied d'égalité.

On peut noter la dérive du droit pénal et du législateur compensée par la condamnation de la dissimulation du visage forcée dans un souci de protection de l'état des personnes, rôle traditionnel du législateur selon l'article 34 de la Constitution. Pourtant, le Conseil Constitutionnel a validé cette loi en mettant en avant la protection de l'ordre public comme justification de l'intervention du législateur en ce domaine¹⁴, celui des apparences.

La Belgique s'était auparavant dotée d'une telle législation par une loi datant d'avril 2010. Elle vise la dissimulation du visage sous toutes ses formes et dans tout son espace public. En Italie, un projet de loi avait bien été déposé en 2009 mais divisé sur le sujet, le gouvernement italien n'a jamais mis ce projet à l'ordre du jour et ce d'autant plus qu'une loi de 1975 interdisait déjà la dissimulation du visage de manière totale dans les lieux publics. Certaines communes ayant jugé, la mesure limitée ont voté un arrêté municipal, tout en prenant soin de ne pas viser explicitement le niquab ou la burqa¹⁵ mais en étant très claires dans leur vision stricte de l'interdiction. Des pays plus nuancés tels que le Danemark, les Pays-Bas ou encore l'Espagne ont interdit de façon limitée, notamment en visant les écoles ou les administrations, le port du voile islamique intégral. En revanche, l'Allemagne ou le Royaume-Uni jugent une loi inappropriée en arguant soit de la liberté de culte soit du faible nombre de personnes concernées. De nombreux pays européens ont donc cédé à la tendance protectionniste face à un ennemi communautaire.

Il est intéressant de noter que la quête de l'ennemi est menée tambours battant en ce sens que l'Etat de droit a toujours besoin d'en désigner un et de le traiter comme un hors la loi. La problématique du dernier ennemi, comme la quête du graal est fondamentale. Dans le prolongement des législations évoquées, il est pertinent de voir que cet ennemi final, sera celui qui va nier l'existence humaine dans son identité comme dans son essence et dont l'atteinte psychologique ira au-delà de la peur. La finalité est plus large qu'en matière de terrorisme puisque « l'intimidation ou la terreur » comme en dispose l'article 421-1 du Code pénal, non sans caractériser un dol spécial est bien une conséquence affichée de l'élément matériel.

Sur ce point, le droit pénal semble être en avance sur ce dernier ennemi avec la création du délit d'usurpation d'identité à l'article 2 de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2) du 14 mars 2011¹⁶ codifié au nouvel article 226-4-1 du Code pénal. Si l'élément matériel ne pose pas de problème majeur, il n'en va pas de même pour l'élément moral. C'est un dol spécial dans la mesure où l'usurpation d'identité doit avoir été commise « *en vue de troubler la tranquillité de la victime ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération* ». Or, on se rapproche dangereusement du champ d'application *rationae materiae* des infractions de diffamation¹⁷, d'injure¹⁸ ou encore de l'application de l'article 434-23. Néanmoins l'objet restreint et strict n'a pas

¹⁴ Décision du Conseil Constitutionnel du 7 octobre 2010 n°2010-613.

¹⁵ « *le maire ordonne l'interdiction sur tout le territoire communal, dans les espaces publics et ouverts au public, dans les endroits situés à proximité des écoles, des crèches, des jardins, des universités, des édifices publics et autour des immeubles qui abritent des sièges d'institutions, de porter des habits qui rendent difficiles la reconnaissance immédiate de la personne, qui pourraient susciter la désorientation et une situation d'insécurité et de malaise et qui pourraient clairement porter préjudice à la tranquillité et à la cohabitation pacifique* ».

¹⁶ Loi LOPPSI 2 n°2011-267 du 14 mars 2011.

¹⁷ Pour la diffamation publique : article 29 de la Loi du 29 juillet 1881 et pour la diffamation non publique : article R 621-1 du Code pénal.

¹⁸ Pour l'injure publique : article 29 de la Loi du 29 juillet 1881 et pour l'injure non publique : article R 621-2 du Code pénal.

empêché la chambre criminelle dans un arrêt en date du 20 janvier 2009¹⁹ de considérer que le fait d'utiliser l'adresse électronique d'un tiers, lorsqu'il s'en est suivi un risque de poursuites pénales constituait un délit d'usurpation d'identité. Le législateur a cependant voulu lui donner une autre dimension en l'étendant aux réseaux de communication en ligne puisque l'article dispose en son second alinéa que « *cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne* ». Cette disposition est certainement moins provocante et moins frappante que d'autres mais elle marque un pas important dans la reconnaissance de notre futur ennemi.

Peu d'Etats sont allés sur la voie de la reconnaissance d'un tel comportement infractionnel. Les Etats-Unis se sont dotés en avance d'une telle législation²⁰ puisque c'est un délit puni d'une peine d'emprisonnement qui a été renforcée en 2005 pour ceux qui utilisent les nouvelles technologies. Mais en Europe, seul le Royaume Uni comporte une disposition spécifique relative au vol d'identité via Internet, se distinguant ainsi de la fraude en ligne. Il est vrai que ce problème d'identité est souvent traité sous ce biais ainsi que sous couvert de la falsification ou de l'accès non autorisé à des données personnelles. La ruse juridique va même sur le terrain de l'usage de faux. La reconnaissance d'un tel ennemi est donc balbutiante mais bien réelle, témoignant alors d'une prise de conscience du risque avéré qu'il représente.

Cet ennemi intérieur occupant le devant de la scène et méritant un traitement spécifique par notre Etat de droit cherche à mettre en péril ses fondements et ses institutions, entendues au sens large. Pour comprendre ces infractions, il faut se référer au droit pénal de la sécurité et de la défense et bien maîtriser la définition de ces deux termes.

L'article premier de l'ordonnance du 7 janvier 1959²¹ portant organisation de la défense nationale va définir le rôle de la défense : « *assurer en tout temps, en toutes circonstances et contre toutes formes d'agression, la sécurité et l'intégrité du territoire ainsi que la vie de la population* ». On peut également examiner l'article 1111-1 alinéa 3 du Code de la Défense : « *La politique de défense a pour objet d'assurer l'intégrité du territoire et a protection de la population contre les agressions armées. Elle contribue à la lutte contre les autres menaces susceptibles de mettre en cause la sécurité nationale. Elle pourvoit au respect des alliances, des traités et des accords internationaux et participe dans le cadre des traités européens en vigueur, à la politique européenne de sécurité et de défense commune* ». On constate que la défense induit la sécurité et que cette dernière en est une composante au service de la lutte contre l'ennemi. On aurait pu s'attendre cependant à une frontière très nette entre ces deux termes.

La sécurité est une notion floue dont la conception subjective est volontiers retenue. Cette définition aura mis du temps à être élaborée de façon normative. Elle n'est insérée dans une loi qu'en 1995²² : « *la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. L'Etat a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République à la défense des institutions et des intérêts nationaux au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public, à la protection des personnes et des biens* ».

On peut déduire deux enseignements de ces textes. Dans un premier temps, la défense se veut globale et permanente avec la prise en compte de la défense civile, militaire et économique. On touche là à un vice important. C'est en réalité la politique générale de la Nation qui est en jeu, faisant alors de ce concept élastique, une idée proche de la sécurité nationale. Cette position n'est pas sans rappeler celle de la Cour de Justice des Communautés européennes (aujourd'hui Cour de Justice de l'Union Européenne) dans son arrêt Leifer du 17 octobre 1995²³ : « *Il est difficile de faire une distinction claire et*

¹⁹ Arrêt n°08-83255.

²⁰ D'abord dans le *Dissuasion Act* de 1998 puis par l'*Identity Theft Penalty Enhancement Act* du 15 juillet 2004.

²¹ Ordonnance n°59-147 portant organisation de la défense.

²² Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

²³ Arrêts Werner et Leifer CJCE, C-70/94 et C-83/94, 17 octobre 1995, Recueil de jurisprudence 1995 p I-03189.

nette entre des considérations de politiques étrangères et des considérations de politique de sécurité. De surcroît, la sécurité d'un Etat peut de moins en moins être envisagée isolément dans la mesure où elle est étroitement liée à la sécurité de la communauté internationale dans son ensemble et divers éléments qui la composent. Il s'ensuit que le risque d'une perturbation grave des relations extérieures ou de la coexistence pacifique des peuples peut affecter la sécurité d'un Etat membre ».

Dans un second temps, le droit à la sécurité est vu comme un droit fondamental tandis que ce rang est toujours nié aux droits de la défense. Il n'est donc pas étonnant que le livre IV du Code pénal oscille entre des impératifs de sécurité et de défense préférant mettre le premier en avant.

L'article 410-1 du Code pénal est à ce titre révélateur en disposant que : « *Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel* ». La définition des intérêts fondamentaux de la Nation n'évoque la défense qu'au travers de l'expression « *les moyens de sa défense et de sa diplomatie* », ne faisant ainsi de cette notion que la protection militaire du territoire alors qu'il traite en parallèle et sur un pied d'égalité des objectifs énoncés à l'article premier de l'ordonnance de 1959 et 1111-1 du code de la défense.

Autrement dit, une large partie de ce qui pouvait être considéré comme couvert par la notion élargie de la défense nationale est envisagée désormais comme des intérêts fondamentaux de la Nation distincts de ceux de la défense au sens strict. Plusieurs sous ensembles au sein même des intérêts fondamentaux de la Nation viennent donc complexifier la matière à moins de lui redonner son sens premier : un domaine strictement limité au complexe militaire. L'architecture retenue par le Code pénal reflète alors une conception juridique dans laquelle un noyau dur de défense à dominante militaire s'insère dans un dispositif plus large prenant en compte la protection d'un large éventail d'intérêts généraux de la nation s'apparentant plutôt à ce que recouvre la sécurité telle qu'elle peut être perçue hors de nos frontières.

Aux Etats-Unis la sécurité est bien différente de nos intérêts fondamentaux ou encore de notre conception subjective. Elle est liée à la notion de territoire de façon indéfectible, comme en témoigne l'expression d'*Homeland Security* née après les attentats²⁴ ou de sécurité nationale ; Saint Graal à atteindre, remplaçant l'expression d'*Homeland Defense*. Cette différence de traitement réside dans le fait que les USA se sont toujours définis par leurs attaches à la territorialité et par leur volonté inflexible d'être une forteresse imprenable. Le 11 septembre n'en a été que la confirmation en la poussant à son paroxysme. De nombreux auteurs ont alors parlé de « sanctuarisation du territoire national »²⁵ pour laquelle œuvrent toutes les forces de la Nation, civile ou militaire. Pour les définitions, il faut se tourner vers la Maison Blanche et le Département de la Défense mais en des termes différents. Selon le second, la défense est « *la protection du territoire, de la souveraineté, de la population et des infrastructures critiques des Etats-Unis contre des menaces et attaques étrangères* ». En ce qui concerne la sécurité, selon la Maison Blanche, il s'agit « *d'un effort national concerté pour prévenir des attaques terroristes sur le territoire américain pour réduire la vulnérabilité des Etats-Unis face au terrorisme et pour minimiser les dommages que pourraient infliger d'éventuelles attaques et récupérer celles-ci* ». Or, selon le Département de la Défense, la sécurité est toute autre : « *la préparation, la prévention, la défense contre et la réponse aux menaces et attaques dirigées contre le territoire, la souveraineté, la population et les infrastructures des Etats-Unis ainsi que la gestion de crise et des conséquences et un soutien aux civils* ». Il convient de noter que le second emploie le terme de défense là où la première employait le terme de protection. La France a opté pour le juste milieu et en

²⁴ En 1999, 2000 et 2001, il y avait eu trois commissions sur ce sujet dont les recommandations ne furent suivies qu'après les attentats du 11/09.

²⁵ D. GRONDIN et B. GAGNON « la sanctuarisation du territoire national » in C.P. DAVID *Repenser la sécurité : Nouvelles menaces, nouvelles politiques*, Fidès-la Presse, Montréal, 2002, p.181-205.

empruntant aux deux notions le meilleur. Mais là encore, il y a de nombreuses confusions entre ces deux termes et la clarté n'est pas de rigueur. On imagine alors bien une Question préjudicielle sur le fondement de l'article 410-1 du Code pénal pour manquement aux qualités de la loi pénale.

Le plan du Livre IV nous donne la répartition de ces atteintes à la sécurité et à la défense entre le pôle concernant la trahison²⁶ ainsi que l'espionnage et celui plus divers comportant de nombreuses autres atteintes.

Sur le premier pôle, la distinction tient uniquement en la personne du délinquant puisqu'en matière de trahison l'auteur est français, militaire ou civil alors que dans l'espionnage, le délinquant est étranger ou apatride. On peut aisément regrouper ces infractions sous trois appellations : la livraison de troupes ou d'une partie du territoire à une puissance étrangère²⁷, le sabotage ou la destruction d'éléments vitaux pour la défense²⁸ et la communication à une puissance étrangère de renseignements importants pour la défense.

Sur ce dernier point, le Code pénal distingue plusieurs hypothèses : les intelligences avec une puissance étrangère²⁹, la livraison d'informations à une puissance étrangère³⁰ et la fourniture de fausses informations aux autorités étrangères³¹.

Le second pôle est plus éclectique en traitant des autres atteintes à la défense : atteintes à la sécurité des forces armées, atteintes au secret de la défense nationale et enfin communication à une personne étrangère de renseignements économiques.

Les premières sont diverses mais avec un point commun : la preuve de la volonté de nuire à la défense nationale. Elles sont au nombre de cinq : la provocation de militaires appartenant aux forces armées françaises à passer au service d'une puissance étrangère³², l'entrave apportée au fonctionnement normal du matériel militaire³³ ou au mouvement du personnel militaire ou du matériel³⁴, la participation à une entreprise de démoralisation de l'armée³⁵, la provocation à la désobéissance par quelque moyen que ce soit des militaires ou des assujettis affectés à toute forme de service national³⁶.

Cela étant pour deux délits, l'intention de nuire à la défense nationale n'est pas requise : l'accès aux installations militaires³⁷ et l'accès aux entreprises intéressant la défense³⁸.

Les atteintes au secret de la défense nationales³⁹ constituent la deuxième branche de ce second pôle dont la loi du 29 juillet 2009⁴⁰ a modifié le contenu. Depuis cette loi de programmation militaire, le périmètre du secret défense a été élargi à certains lieux dans des conditions restreintes⁴¹. Il convient d'étudier cette disposition au regard du *Livre Blanc sur la Défense et la sécurité nationale* publié en 2008 qui préconisait effectivement un renforcement de la protection du secret de la défense en y incluant des lieux très sensibles au nom du renforcement de la fonction stratégique du renseignement.

²⁶ Article 411-1 du Code pénal.

²⁷ Article 411-2 du Code pénal.

²⁸ Article 411-9 du Code pénal.

²⁹ Article 411-4 du Code pénal pour le crime et article 411-5 pour le délit.

³⁰ Article 411-6 du Code pénal.

³¹ Article 411-10 du Code pénal.

³² Article 413-1 du Code pénal.

³³ Article 413-2 al 1^{er} du Code pénal.

³⁴ Article 413-2 al 2 du Code pénal.

³⁵ Article 4213-4 du Code pénal.

³⁶ Article 413-3 du Code pénal.

³⁷ Article 413-5 du Code pénal.

³⁸ Article 413-6 du Code pénal.

³⁹ Codifiées aux articles 413-9 et suivants du Code pénal.

⁴⁰ Loi n°2009-928 relative à la programmation militaire pour les années 2009-2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, publiée au JO le 31 juillet 2009.

⁴¹ Article 413-9-1 du Code pénal.

De nombreux pays se sont dotés d'une législation sur le secret-défense avec pour points communs, d'une part, le fait que le champ d'application soit déterminé par la loi et que d'autre part, la compromission soit sanctionnée pénalement. En Allemagne, en Espagne, au Royaume-Uni ainsi qu'aux Etats-Unis, le juge est chargé de vérifier et de contrôler l'application des normes en la matière et spécialement le refus de divulgation d'un document classifié. En Italie, ce pouvoir revient au Président du Conseil. Cela étant, le pouvoir exécutif a souvent une marge de manœuvre comme au Royaume-Uni où les ministres peuvent fournir un certificat d'immunité pour empêcher la divulgation d'un tel document si la diffusion d'informations peut être une réelle menace pour la sécurité. Il en va de même aux USA où le Président peut invoquer le privilège de l'exécutif avec pour limite cependant, un intérêt de sécurité nationale en jeu. Cette possibilité n'est pas prévue en Espagne où le tribunal suprême fait prévaloir le droit à la protection de la justice sur le principe de la sécurité de l'Etat. Nous sommes donc en mesure de dénoncer le formalisme français et la lourdeur des procédures mais il faut souligner l'avancée majeure qu'est la reconnaissance des lieux classifiés puisque nous ne connaissons pas de telles législations ailleurs.

Enfin, la troisième branche du second pôle est étonnante dans la mesure où la communication à une personne étrangère de renseignements économiques est codifiée dans la loi du 16 juillet 1980⁴² sans pour autant être présente dans le Code pénal. Et ce, alors même que parmi les intérêts énumérés à l'article 410-1 figurent « *les éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel* ».

Par conséquent, le droit pénal de l'ennemi, au sein du Livre IV, est très complet sur cette notion des intérêts fondamentaux de la Nation. Il n'en demeure pas moins qu'une source d'incohérence demeure. En effet, la frontière entre sécurité et défense est toujours difficile à tracer, alors même que nous sommes dans des infractions délictuelles ou criminelles qui ont lieu en temps de paix.

B. Le droit pénal de l'ennemi : un droit dérogatoire au sein de l'Etat de droit.

Le terme d'ennemi ne figure pas dans le Code pénal français en dépit d'une omniprésence insidieuse. C'est donc un traitement implicite qui lui est réservé malgré le renvoi récurrent à des textes posant explicitement des règles régissant son traitement. Les Américains ont moins de mal à manier ce concept et de nombreuses législations portent d'ailleurs le sceau de l'ennemi⁴³.

En France, on peut penser à l'article 410-1 du Code pénal qui reprend à son compte des expressions de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 janvier 1959 : « *défense, sécurité, intégrité du territoire et population* ». De plus, l'article 2 de l'ordonnance renvoie « *aux menaces* », qui ne sont autres que les *infractions* définies au Livre IV du Code pénal.

On constate ce jeu de renvoi au travers de la loi du 3 avril 1878⁴⁴ relative à l'état de siège dont certains vocables et infractions sont repris au sein du Code pénal et plus précisément à la section II du Livre IV, intitulée « *Du mouvement insurrectionnel* ». En effet, l'article 1^{er} de cette loi dispose que : « *L'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée* ». C'est selon l'article 412-3 du Code pénal, toute violence collective de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire. Les articles 412-4 et 412-5 proposent d'autres hypothèses plus perverses pour qualifier le mouvement insurrectionnel comme l'édification de barricades ou d'autres moyens divers faisant obstacle à l'usage de la force publique ou encore le fait de se substituer à une autorité légale. L'échelle des amendes varie en fonction de la violence et de l'usage des armes. On peut également mettre en valeur le fait que cette loi abrogée depuis par l'ordonnance du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du Code de la

⁴² Loi n°80-538 relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

⁴³ Le *Trading with the enemy Act* de 1917 ou encore la section 948 du titre 10 du *United States code* qui définit un « *unlawful enemy combattant* ».

⁴⁴ Loi 1878-04-03 relative à l'état de siège.

défense⁴⁵ soit une des seules de notre arsenal législatif à avoir prononcé le mot d'ennemi, et ce à l'article 3 : « Néanmoins, s'il y avait guerre étrangère, le Président de la République, de l'avis du Conseil des ministres, pourrait déclarer l'état de siège dans les territoires menacés par l'ennemi ». Pour autant, les menaces ne sont pas précisées, mais on peut penser que c'est une référence à celles énoncées dans le droit pénal de la défense et de la sécurité. Cela va dans le sens de la protection de l'intégrité du territoire, mission de défense selon l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1959 et intérêt fondamental de la Nation au sens de l'article 410-1 du Code pénal.

On en déduit donc que ces deux textes, et en particulier le Livre IV sont marqués par la présence masquée de l'ennemi. Cependant, il n'est pas surprenant que la loi ait été abrogée tant sa signification profonde est déroutante.

La loi du 3 avril 1955⁴⁶ portant sur l'état d'urgence ne fait pas exception à la règle puisque son article premier traite des « périls imminents », expression commune aux autres textes déjà évoqués.

Pour finir sur ces renvois récurrents, on peut lire les articles 414-1 à 414-9, réunis sous un Chapitre IV du Titre 1^{er} du Livre IV, comme étant des évocations de ces législations en faisant référence à « l'état de siège ou d'urgence, à la mobilisation générale ou de mise en garde définie par le Gouvernement ».

Le silence de l'Etat de droit quant à la présence et au traitement de l'ennemi actuellement n'est vrai que pour l'ennemi intérieur. Lorsqu'il s'agit de désigner un ennemi extérieur, il n'y a guère de difficulté. Cette différence tient au fait que l'ennemi doit d'abord être un égal, or à l'intérieur du territoire, il ne reconnaît aucun alter ego puisqu'il est seul maître de la « violence légitime » selon l'expression de Max Weber⁴⁷. Seuls des infracteurs peuvent être mis en lumière par l'Etat de droit au regard du droit commun ou des droits dérogatoires tels que celui régissant les infractions politiques.

Le mutisme du Code pénal est donc légitimé de ce point de vue. Le droit pénal n'est donc pas un droit entre ennemis mais un droit entre des infracteurs et l'Etat.

Afin de jouer sur les mots, les juristes ont eu recours à l'Etat de police, pont nécessaire entre l'Etat absolu que requiert la chasse à l'ennemi et l'Etat de droit. En effet, on constate que là où l'Etat de droit recule, l'Etat de police devient plus pressant. La législation anti-terroriste décidée après le 11 septembre aux Etats-Unis par le *Patriot Act* en est l'exemple le plus marquant, conforté par le *Military Order* de novembre 2001. Il donne des pouvoirs de police étendus aux services de renseignement et de police. Nous en avons deux illustrations particulièrement éclairantes. La première est la possibilité de détenir pour une période non déterminée des étrangers soupçonnés d'être en relation avec des groupes terroristes. La seconde est la surveillance proactive d'Internet par le système « Carnivore » avec une simple autorisation d'une juridiction.

En France, la loi relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en date du 5 janvier 2011⁴⁸ est révélatrice de cette incursion. Le titre même est riche tant l'expression « pouvoirs de police » domine les autres. Elle a une double signification : la prorogation de la compétence territoriale de la France et l'augmentation dans un cadre juridique des pouvoirs de police à l'égard des pirates.

Sur le premier point, la nouveauté est double dans la mesure où le nouvel article L 1521-1 du Code de la Défense dans son deuxième alinéa dispose que la compétence française est étendue « aux navires étrangers et aux navires n'arborant aucun pavillon ou sans nationalité, dans les espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française ainsi qu'en haute mer conformément au droit international ». L'autre donnée inédite réside dans le fait que désormais, la compétence juridictionnelle de la France sera reconnue à défaut de toute compétence exercée par d'autres Etats tels que celui des victimes ou du pavillon du navire. En d'autres termes, la compétence

⁴⁵ Ordonnance n°2004-1374.

⁴⁶ Loi n°55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie.

⁴⁷ *Le savant et le Politique*, 1919.

⁴⁸ Loi n°2011-13.

française est déterminée par les personnes procédant à l'arrestation des pirates. C'est donc une compétence quasi universelle qui est reconnue.

Sur le second point, les articles L 1521-11 à L 1521-18 du Code de la défense augmentent les pouvoirs octroyés aux commandants des bâtiments de l'Etat français en leur attribuant des prérogatives de coercition sous le contrôle du préfet maritime et du procureur de la République territorialement compétent.

Cette loi de police vient donc combler un vide juridique partiel depuis la loi du 15 juillet 1994. Elle s'intéresse bien à un ennemi malgré le titre de la première section de ce Livre V du Code de la défense : « *Police en mer* », confirmant les confusions sémantiques.

La Belgique est également un pays concerné par la piraterie maritime et spécialement depuis l'affaire médiatisée de l'arrestation par la frégate belge « Louise-Marie » le 29 novembre 2010. Pour ce faire, elle se fonde sur le droit des Nations Unies et plus particulièrement sur la Convention relative au droit de la mer de Montego Bay et sur la résolution en date du 23 novembre 2010. Il lui reste un choix à faire entre la poursuite directe, qui n'est pas obligatoire ou le transfert des personnes concernées vers des Etats parties aux conventions.

Aux Etats-Unis, la conception est différente dans la mesure où la piraterie est un crime et ce depuis une loi de 1909. Pourtant, la conception américaine n'est pas conforme à la vision de la Convention onusienne puisqu'un arrêt rendu en 2010 par la Cour de District de Virginie⁴⁹ considère que l'acte de piraterie n'est qu'un vol selon l'organisation. L'interprétation de ces textes est donc problématique ainsi que la qualification de ces faits.

Il est donc important de comprendre qu'en la matière tout dépend de la législation nationale et de sa force puisque la répression de la piraterie est trop dépendante actuellement de la coopération internationale.

Ainsi le droit pénal de l'ennemi s'illustre donc à travers trois mouvements distincts.

Le premier est relatif à la sévérité des peines, portant ainsi un coup au principe constitutionnel de nécessité et de proportionnalité⁵⁰. Pourtant le Conseil Constitutionnel a validé par la décision du 9 août 2007⁵¹, la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs en date du 10 août 2007⁵² instaurant des peines planchers pour les récidivistes. Elle était justement attaquée sur ses possibles atteintes à ces principes.

Le Conseil répondra que : « *Si la nécessité des peines attachées aux infractions relèvent du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil Constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »⁵³.

Le Sénat a rédigé une étude comparative de législation comparée sur ce point⁵⁴. Il en ressort que : « *Dans les pays anglo-saxons, bien que la loi fixe en général, la peine maximale applicable à chaque infraction, des peines minimales obligatoires ont été instituées. Sans nécessairement avoir instauré des peines minimales obligatoires stricto sensu, l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie imposent au juge de nombreuses contraintes lors de la détermination de la sanction. Les Pays-Bas accordent un grand pouvoir d'interprétation au juge et ignorent les peines minimales obligatoires* ». Il poursuit en notant que : « *Aux Etats-Unis, le juge doit prononcer la réclusion à perpétuité à l'encontre des récidivistes auteurs des crimes violents les plus graves et de certaines infractions sexuelles commises sur mineurs. La plupart des peines minimales obligatoires ont trait au trafic de stupéfiants ainsi qu'aux armes à feu. (...) Au Canada, le Code pénal associe des peines minimales obligatoires à une quarantaine*

⁴⁹ Arrêt 17 août 2010 United States versus Ali Saïd.

⁵⁰ Article 8 de la DDHC de 1789.

⁵¹ Décision du CC n°2007-554.

⁵² Loi n°2007-1198.

⁵³ Considérant 8, Décision n°2007-554.

⁵⁴ Etude n°165 septembre 2006 : *Les peines obligatoires minimales obligatoires*.

d'infractions ». C'est donc la sévérité qui domine sur ces questions même si une latitude est laissée au juge dans son interprétation.

Le second traite du recul des garanties du procès équitable et spécialement du droit des personnes mises en cause. Sur ce point, on ne peut pas dire que le droit pénal français de l'ennemi soit sur cette lignée tant chez nous la mode est à la protection de la défense comme en témoigne la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue⁵⁵ (GAV). Elle va renforcer les droits de la personne gardée à vue en prévoyant notamment la possibilité pour elle de se faire assister d'un avocat à chaque entretien. Cette loi fait suite à une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui avait censuré le régime ordinaire de la GAV⁵⁶. Pour autant, on peut considérer que le droit pénal de l'ennemi fait une timide incursion en ce domaine puisque dans cette QPC, le Conseil Constitutionnel refusa de se prononcer sur le régime spécial de la GAV en matière de criminalité organisée, de grande délinquance, de terrorisme et de trafic de stupéfiant en considérant qu'il avait déjà statué sur un tel point dans sa décision du 2 mars 2004⁵⁷. Il est intéressant de remarquer que ce régime dérogatoire, rognant sur les garanties de protection est validé tout en étant proche des dispositions du droit pénal de l'ennemi⁵⁸. C'est bien là l'affirmation d'un régime particulier validé par l'Etat de droit.

Aux Etats-Unis, le *Bill of Rights* connaît la notion de *due process of law*. Même si sa définition littérale n'est pas aisée, il faut se référer aux droits qui sont sous entendus pour voir apparaître de nombreuses similitudes avec les garanties du procès équitable. L'obtention d'une preuve non violente ou dangereuse pour la santé du prévenu en est un exemple.

Au Canada, la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982 a opté pour l'expression confuse et large de « *principes de justice fondamentale* ». On comprend alors, que cela doit être entendu comme un idéal de justice respectueuse des droits de l'homme.

Sur la GAV précisément, il existe dans de nombreuses législations européennes deux régimes différents notamment en cas de terrorisme dans la mesure où il est admis que ce crime justifie la mise en œuvre de règles dérogatoires.

En Espagne, le principe veut que la GAV ne puisse pas être prolongée mais en matière de terrorisme, elle peut l'être de 48H conduisant la mesure de restriction de liberté à 5 jours. De plus, certains droits sont niés aux auteurs présumés de tels actes comme le choix de l'avocat ou le droit de prévenir un proche.

Au Maroc, la GAV en la matière peut durer jusqu'à 12 jours comme en dispose la loi du 28 mai 2003 suite aux attentats du 16 mai qui avaient visés Casablanca.

Il existe donc bel et bien un droit dérogatoire pour l'ennemi.

Le dernier point, témoin de la présence du droit pénal de l'ennemi n'est autre que la criminalisation du risque, simple aléa, mettant à l'amende la théorie du résultat et consacrant le hasard. Si on considère qu'il existe une dichotomie en droit pénal opposant les infractions formelles aux infractions matérielles, il convient de dire que cette intrusion du danger dans la caractérisation de l'infraction en ferait en élément constitutif à part entière. Le risque deviendrait donc un résultat virtuel, au même titre que l'élément matériel. Cette nouvelle catégorie hybride va plus loin que les simples infractions formelles dans lesquelles, certes un résultat n'est pas requis mais où le dol prend toute sa valeur. L'idée de risque rejoint alors l'ennemi en ce qu'on ne peut maîtriser les limites de la répression, enjoignant alors une chasse absolue.

Il y a de ce fait rupture entre l'idée de responsabilité et celle d'imputabilité dans la mesure où le second terme signifie bien « *répondre de* » impliquant une responsabilité objective basée sur la survenance

⁵⁵ Loi n°2011-392.

⁵⁶ QPC 2010-14 et 2010-22 du 30 juillet 2010.

⁵⁷ Décision n°2004-492 portant sur la Loi relative à l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁵⁸ Considérant 6 de la décision n°2004-492.

d'un dommage alors que la responsabilité induite par la survenance d'un risque est subjective et basée sur la dangerosité.

La principale métaphore de ce traitement du risque est la détention de sûreté dont le régime oscille entre la peine et l'aménagement de peine, faisant primer la dangerosité.

On voit bien à travers ces trois points la perfidie du droit pénal de l'ennemi mais aussi sa présence plus que certaine dans notre paysage pénal actuel.

Le droit pénal de la sécurité et de la défense du Livre IV du Code pénal peut s'apparenter en partie au droit pénal de l'ennemi dont l'existence au sein de notre Etat de droit est indéniable. Il n'en demeure pas moins que sa coexistence avec le droit commun est problématique. Pour autant, il ne faut nier ni son intérêt ni son efficacité qui sont des gages de notre sécurité. Néanmoins, c'est un droit comme les autres, perfectible tant il a une fâcheuse tendance à nous perdre dans son concept phare mais nébuleux : l'ennemi.

II. L'ennemi dans le Livre IV du Code pénal français: une figure guerrière obscure

Le Livre IV se perd dans la désignation de l'ennemi, offrant un triste spectacle au principe de sécurité juridique. C'est sur l'autel des infractions politiques que le constat est le plus fâcheux (A). Il s'égaré également dans son traitement en confondant sécurité et défense par le biais d'une militarisation croissante de son texte et de ses valeurs (B).

A. Le manque de clarté du Livre IV du Code pénal français

La *summa divisio* consistant à opposer les infractions politiques aux infractions de droit commun est au cœur du Livre IV du Code pénal. Néanmoins, le législateur contourne cet épineux problème pour éviter de prendre parti.

Pourtant, le concept d'ennemi est au cœur de cette dualité, tout comme le terrorisme⁵⁹ est au cœur du Livre IV. Il faut en réalité déterminer si ce caractère politique relève soit d'une qualification de l'infraction soit d'une notion autonome. Or, le Code pénal est silencieux tant sur le domaine que sur la notion alors que la jurisprudence et la doctrine sont prolifiques.

C'est donc là, le premier écueil des rédacteurs du Code en 1994, laissant le champ libre aux divagations juridictionnelles. Pourtant, ils ont eu à cœur de parsemer d'indices la matière pénale. On peut citer l'ancien article 749 du Code de procédure pénale⁶⁰ relatif à la contrainte par corps qui l'excluait en matière politique. C'est donc bien que de droit, les infractions politiques existent. La circulaire interprétative en date du 14 mai 1993 permet, elle aussi, un éclairage : « *Le Nouveau Code pénal conserve la distinction entre la réclusion criminelle, peine de droit commun et la détention criminelle, peine politique. Toutefois cette dernière ne sanctionne désormais qu'une dizaine de crimes portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation* »⁶¹.

On retrouve ici, l'idée maîtresse du Livre IV et de son article 410-1. Les infractions politiques sont donc un acte portant atteinte exclusivement aux intérêts fondamentaux de la Nation. On trouve parmi celles-ci la livraison de tout ou partie du territoire national, de forces armées ou de matériel à une puissance étrangère⁶², les intelligences avec les puissances étrangères⁶³, la livraison d'informations à une puissance étrangère⁶⁴, le sabotage⁶⁵, l'attentat et le complot⁶⁶, le mouvement insurrectionnel⁶⁷, l'usurpation de commandement et la levée de forces⁶⁸.

⁵⁹ Article 421-1 et suivants du Code pénal.

⁶⁰ La contrainte par corps a été supprimée par la Loi du 9 mars 2004 n°2004-204. Elle a été remplacée par la contrainte judiciaire.

⁶¹ Point 43.

⁶² Article 411-2 et article 411-3 du Code pénal.

⁶³ Article 411-4 du Code pénal.

⁶⁴ Article 411-6 du Code pénal.

⁶⁵ Article 411-9 du Code pénal.

⁶⁶ Article 412-1 et le complot dans l'alinéa 3 de l'article 412-2 du Code pénal.

Sont également considérées comme étant des infractions politiques, les infractions des articles 413-1 à 413-3 lorsqu'elles sont commises en état de siège ou d'urgence⁶⁹. Ce dernier point complexifie la matière vu que les infractions mutent en infractions politiques selon les circonstances alors même que l'incrimination demeure inchangée.

Il est également surprenant que tous les actes de terrorisme soient écartés de cette catégorie. En effet, il convient pourtant de distinguer le terrorisme d'Etat du terrorisme globalisant c'est-à-dire para-étatique initié par la nébuleuse dirigée autrefois par Ben Laden.

Il y a d'autres oubliés au chapitre. Les infractions contre la Nation, l'Etat ou la paix publique sont laissées pour compte : atteintes à l'autorité de l'Etat ou à la confiance publique comme la falsification des marques de l'autorité⁷⁰, la falsification des titres ou valeurs fiduciaires publics⁷¹, la fausse monnaie⁷² ou les faux⁷³.

Il semble donc que le champ des infractions politiques soit réduit telle une peau de chagrin, semant le trouble en ce qui concerne la peine. Il est à déplorer l'abandon de la détention au profit de la réclusion.

Si on prend la Tunisie comme modèle de comparaison sur cette question, on assiste à un développement exponentiel des procès politiques à partir du XIX^e siècle en raison de l'histoire de ce pays, notamment le protectorat français qui a ensuite fait place à l'indépendance. On peut citer le Décret Beylical du 29 janvier 1926 qui réprime une liste de délits politiques relevant alors de la compétence des tribunaux français. On y trouve les attentats à la sûreté extérieure et intérieure de l'Etat tunisien, la provocation à la haine, la déconsidération du souverain ou de son administration. Bien évidemment des procès ont eu lieu visant majoritairement des militants anticolonialistes. Puis avec l'indépendance, des juridictions spécialisées ont vu le jour dès 1956 avec notamment la Haute Cour de justice. La compétence est large dans la mesure où elle reprend les infractions datant de 1926 en y ajoutant celles créées par une loi du 17 août 1957 relative aux biens mal-acquis. La plupart du temps dans ce pays, il s'agit d'une justice politique contre les libertés fondamentales telles que nous les connaissons en France. Pourtant, le droit ne connaît pas les infractions politiques ni des détenus politiques. On assiste là à une grave entorse aux principes fondamentaux puisqu'il y a une compétence juridictionnelle en dehors de tout texte normatif. Cela témoigne d'un refus de prendre position pour les autorités nationales, ce sur quoi la jurisprudence s'aligne.

Aux Etats-Unis, la notion d'infraction politique est également connue. Depuis un arrêt *Ornelas versus Ruiz* de 1986, elle est définie comme étant commise à l'occasion de troubles politiques violents. La référence à la guerre ou à la rébellion était alors explicite. Ce sont donc les circonstances qui l'emportent dans la qualification juridique des faits. La même position a été retenue dans l'arrêt *Escobido versus United States* en reconnaissant qu'une infraction n'est pas politique du seul fait de sa motivation politique. Le critère subjectif était donc nié en reconnaissant que ça ne devait pas être la structure sociale qui était la cible mais bien la structure politique de l'Etat. Ainsi, les juridictions américaines en ont déduit deux conclusions : la première veut que l'acte soit dirigé contre le gouvernement et la seconde concerne la personne de l'accusé puisqu'elle n'est pas nécessairement politique. Mais de façon surprenante et ce dans trois espèces⁷⁴, les juridictions ont décidé que l'homicide n'entraîne pas dans les prescriptions des infractions politiques. Pourtant, elles l'ont reconnu si le meurtre avait été perpétré au cours d'une révolution⁷⁵. Le champ d'application de l'infraction est donc particulièrement restreint.

⁶⁷ Article 412-4 et Article 412-5 du Code pénal.

⁶⁸ Article 412-7 et alinéa 2 de l'article 412-8 du Code pénal.

⁶⁹ Article 414-1 du Code pénal.

⁷⁰ Article 444-1 du Code pénal.

⁷¹ Article 44 3-1 du Code pénal.

⁷² Article 442-1 du Code pénal.

⁷³ Article 441-1 du Code pénal.

⁷⁴ *Ornelas versus Ruiz, Escobido versus United States, Re Extradition of Gonzales* de 1963.

⁷⁵ *Affaire Ramos versus Rodrianez Diaz* et *Affaire Re Ezeta*.

L'interprétation stricte de la notion prévaut également au Royaume-Uni à travers deux textes : l'*Extradition Act* et le *Fugitive Offenders Act*. La base de la définition est contenue dans un arrêt *Castioni* de 1891 dans lequel encore une fois, l'accent est mis sur les circonstances particulières et agitées. L'objectif ainsi reconnu n'est autre que le renversement du gouvernement.

Dans ces deux pays, le critère subjectif lié aux mobiles n'est pas pris en compte et l'ennemi politique est associé à une période de circonstances exceptionnelles de guerre.

La qualification de l'infraction politique prend tout son sens au regard de la procédure d'extradition dans la mesure où l'article 3 de la Convention d'entraide judiciaire de 1957 permet aux Etats de refuser d'accorder l'extradition si la demande se rapporte à des infractions considérées par la partie sollicitée comme des infractions politiques ou comme des infractions connexes à des infractions politiques. Il est évident que cette appréciation de la qualification revient aux Etats membres reniant ainsi une définition unanime. Pourtant, dans un souci de généralisation, la Convention de Strasbourg sur la répression du terrorisme en date du 27 janvier 1977, dans ses articles 1 et 2 propose une liste d'infractions qui ne peuvent être envisagées comme politiques. Ainsi, c'est une dérogation importante à l'exception d'extradition pour mobile politique.

En France c'est bien la jurisprudence et la doctrine qui ont mis de l'ordre dans ce chaos en ayant recours à deux critères.

Le premier est objectif et s'attache au comportement du délinquant dont le résultat ou l'objet porte atteinte au regard de son aspect matériel à l'Etat tandis que le critère subjectif retient les mobiles politiques pour caractériser une telle infraction. L'ensemble du Livre IV donne la préférence au premier nonobstant le fait qu'en réalité des liens inaltérables les unissent. Cette impasse est évidente comme en témoigne JL. Bruguière lorsqu'il évoque le terrorisme : « *Les buts sont de caractère politiques et donc étrangers à la recherche du profit ou à des considérations financières. L'objectif est de porter atteinte à la forme républicaine du Gouvernement et à ses institutions pour déstabiliser les organes politiques de décision. C'est une démarche politique au sens étymologique du terme, une attaque de la cité* »⁷⁶.

La jurisprudence a eu très vite une attirance certaine pour le critère objectif comme en témoigne les grandes affaires qui ont marqué notre histoire pénale. On pense aux affaires Brea⁷⁷ ou Gorguloff dont l'attendu de principe est assez éloquent : « *L'assassinat d'un chef d'Etat quelque en soit les motifs reste une infraction de droit commun* »⁷⁸.

A contrario, il en résulte que le contexte ou les mobiles importent peu. Une infraction subjectivement politique ne pourra être que de droit commun.

C'est ainsi que l'arrêt du 28 septembre 1970 affirme que le libellé « *Tous dans la rue le 27 mai- Procès de la cause du Peuple- Gauche prolétarienne* » est objectivement politique⁷⁹. Le revirement de jurisprudence opéré par un arrêt du 23 février 1972 est symptomatique de ce retour à la conception objective puisque pour les mêmes faits, la chambre criminelle va affirmer que : « *quels qu'en aient été les mobiles, cette infraction (dégradation du monument public) constitue un délit de droit commun* »⁸⁰. Cela étant, il convient de nuancer la portée de ce revirement dans la mesure où dans le premier arrêt, le mobile est objectivé permettant ainsi de l'exclure totalement du jeu de la qualification de l'infraction politique.

L'arrêt du 14 mars 1989 est tout aussi complexe en semblant consacrer le critère objectif, mettant en lumière que les intérêts fondamentaux de la Nation n'étaient pas en cause. Cependant, il laisse entendre que la revendication des actes aurait pu entraîner la qualification de l'infraction politique. Or, la

⁷⁶ JL. Bruguière, *Le Nouveau Code pénal. Enjeux et perspectives*, Dalloz, 1994.

⁷⁷ Le général Bréa avait été assassiné le 25 juin 1848.

⁷⁸ 20 août 1932, publié au Bulletin 1932 n°207.

⁷⁹ Pourvoi n°70-92162.

⁸⁰ Pourvoi n°70-93105

revendication n'est rien d'autre que la publicité des mobiles. Cette référence implicite laisse planer le doute sur l'admission du critère subjectif⁸¹.

L'arrêt Inacio da Palma Herminio en date du 4 décembre 1967 rendu par la Cour d'appel de Paris confirme cette sensation. L'extradition d'un individu est refusée quand bien même l'infraction serait de droit commun si le mobile et le but sans confusion possible sont de nature politique.

De façon plus explicite encore, dans un arrêt du 17 octobre 1995⁸², le critère subjectif semble marquer la jurisprudence pour ce qui touche aux indemnisations des actes de terrorisme. Le caractère commun de l'acte en lui-même n'est pas nié mais pour admettre l'indemnisation, la chambre criminelle de la Cour de cassation exige d'une part que « ces infractions aient été commises dans un but politique ou idéologique » et d'autre part que « soit démontré avec certitude le mobile de l'infraction, qui ne peut être rapporté que par la revendication ou l'identification de son auteur ».

L'acceptation de l'infraction politique est donc très largement paradoxale et sujette à controverses, comme en témoigne la position du Conseil d'Etat.

Ainsi dans l'affaire Klaus Croissant⁸³, il n'écarte pas a priori le critère subjectif. Il le circonscrit à la gravité de l'infraction, nouvel élément de distinction. En droit interne, ce rattachement est étranger dans la mesure où la classification tripartite des infractions est déjà un mode de sélection et ce d'autant plus qu'elle ne comporte aucune référence aux infractions politiques. Mais les conventions internationales, comme celle du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme peuvent expressément prendre en compte la gravité dans la qualification de l'infraction⁸⁴. Néanmoins, cette classification découle du principe de légalité. Il est donc contestable de dire qu'une infraction politique pourrait être qualifiée de la sorte en raison de sa gravité tant cette notion est subjective et dénuée d'assise légale.

La seconde entorse vient donc du silence normatif laissant la jurisprudence à ses errements souvent *contra legem*. Si l'ennemi politique a une place certaine au sein du Livre IV, ses contours ne sont néanmoins pas clairs tout comme l'acte terroriste.

La délicate question de la définition du terrorisme s'est posée avec acuité au regard des articles 421-1 et suivants du Code pénal et des textes internationaux car s'il y a un consensus, il demeure sur l'impossibilité de trouver une définition universelle tant la notion est d'essence politique⁸⁵.

Le terrorisme comme vecteur politique est une réalité : « L'acte terroriste possède une dimension politique qui s'exprime par la force symbolique de ses actes et leur sémantique : il sert à dire autant qu'à tuer et il tue pour dire »⁸⁶. Si dans les écrits de Camus⁸⁷, le terroriste est un « juste », « un criminel pour que la terre se couvre enfin d'innocents », il est dans ceux d'Alexis de Tocqueville « un ennemi du genre humain »⁸⁸.

Tantôt ennemi, tantôt criminel, son statut n'est pas évident. Et ce d'autant plus que le terrorisme ne peut être considéré comme une infraction autonome. La Cour pénale internationale n'est pas compétente en la matière car limitée « aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »⁸⁹. D'ailleurs, le juge ad hoc de la Cour internationale de justice, Christine Van den Wyngert, au cours de l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, opposant la République du Congo à la Belgique, en date du 14 février 2002 a déclaré que « les crimes les plus graves au regard du droit

⁸¹ JCP 1967 II 15.387.

⁸² Pourvoi n°93-14837.

⁸³ Arrêt du Conseil d'Etat en date du 7 juillet 1978 n°10079.

⁸⁴ Article 1 point C ou encore l'article 2.

⁸⁵ G. Doucet, *Terrorisme : définition, juridiction pénale internationale et victimes*, *Revue internationale de droit pénal*, vol 76, N° 3-4, 2005, p. 261.

⁸⁶ A. Bauer et J.L. Bruguière, *Les 100 mots du terrorisme*, Paris, PUF, 2010, coll. Que sais-je, p.4.

⁸⁷ A. Camus, *Les justes*, Gallimard, 2004, Paris.

⁸⁸ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie*, Paris, Pagnerre, 12^{ème} éd, 1848, T.1, page 153.

⁸⁹ Article 5 du Statut de Rome de la CPI de 1998.

international pénal à savoir les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité »⁹⁰. Ainsi le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans sa résolution 1269⁹¹, a d'abord considéré que « *certaines actes de terrorisme* » constituaient une menace à la paix et à la sécurité internationales. Ce ne sont que les attentats du 11 septembre qui ont systématisé ce processus. La définition issue de la Résolution 1377 va dans ce sens en proclamant que « *le terrorisme est l'une des menaces les plus graves à la paix et à la sécurité internationale au XXIème siècle* »⁹². Ce n'est que la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999⁹³ qui dans son article 2 §1 alinéa B définit le terrorisme comme « *tout acte destiné à tuer ou à blesser un civil, ou toute autre personne qui ne participera pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque* ».

On oscille entre une conception subjective laissant penser que le terrorisme ne serait qu'une idéologie et une interprétation objective consistant à concevoir le terrorisme comme une méthodologie. La loi du 9 septembre 1986⁹⁴ opère un équilibre entre les deux exigences à l'aide d'une définition unique. Elle assimile aux infractions de droit commun des actes dont il emprunte la forme. Le régime dérogatoire⁹⁵ qui est mis en place fait du terroriste un ennemi au statut de criminel.

Puis c'est la loi du 22 juillet 1992⁹⁶, qui intervient sur ce terrain en l'institutionnalisant par un basculement du Code de procédure pénale vers le Code pénal. La technique retenue va privilégier des incriminations dont la commission est liée à un contexte terroriste : « *en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public* »⁹⁷. Le terrorisme ne serait donc pas une infraction autonome en droit français mais bien un prolongement des infractions de droit commun dont le mobile serait d'essence politique. C'est donc une notion complexe au carrefour du droit commun et des infractions politiques qui n'a pas d'existence propre. Il en va de même des intérêts qui sont visés par l'entreprise terroriste dans la mesure où là, les distinctions entre atteintes aux biens, aux personnes ou à l'Etat ne sont plus pertinentes tant, elles sont mêlées.

La distinction s'opère sur la caractérisation de l'élément moral. La controverse doctrinale qui consistait à discuter l'existence d'un dol spécial en la matière doit être tranchée au regard de l'association de terroristes à savoir, l'adhésion à un projet terroriste. Un rapprochement avec l'association de malfaiteurs de l'article 450-1 du Code pénal est alors possible. C'est donc bien un dol général qui est requis permettant une meilleure applicabilité.

Au Chili, la loi anti-terroriste en vigueur avait été prise sous Pinochet en 1984, comme si la nécessité de réglementer les mouvements d'opposition au régime était devenue fondamentale. Il y a eu une modification par une loi en date du 5 octobre 2010 qui énumère une liste d'activités terroriste ayant pour but de répandre la terreur au sein de la population. C'est ce critère qui est déterminant au contraire de la France qui n'a pas été sur le terrain du dol spécial.

Enfin si par le passé, les lois anti-terroristes s'attachaient à la violence de l'acte, dorénavant, elles s'attaquent au soutien apporté à une telle entreprise⁹⁸ tout en élargissant horizontalement de telles incriminations : terrorisme écologique⁹⁹, cyberterrorisme¹⁰⁰ ou encore terrorisme chimique¹⁰¹.

⁹⁰ Opinion dissidente p.142 : <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8143.pdf>.

⁹¹ 19 octobre 1999.

⁹² Déclaration annexée à la Résolution 1377 de 2001 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 12 novembre 2001.

⁹³ Entrée en vigueur le 10 avril 2002 après sa ratification par 22 Etats.

⁹⁴ Loi n°86-1020.

⁹⁵ Article 706-16 du Code de procédure pénale.

⁹⁶ Loi n°92-686.

⁹⁷ Article 421-1 du Code pénal.

⁹⁸ Articles 421-2-1, 421-2-2, 421-2-3 du Code pénal.

⁹⁹ Article 421-2 du Code pénal.

¹⁰⁰ Article 421-1 2° du Code pénal.

Le Livre IV du Code pénal entretient alors un paradoxe. Tout en alimentant la présence de l'ennemi contrairement aux principes gouvernant la matière, elle coexiste avec des définitions aux contours opaques. Le vice vient certainement des réguliers renvois à la défense et à la guerre que peut contenir ce livre du Code.

B. La militarisation du Livre IV du Code pénal français

Nonobstant le mutisme entourant l'ennemi et sa désignation, la figure du guerrier est largement palpable dans le Livre IV. Il est sur ce point, contestable que les infractions relatives au détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport¹⁰²n'y soient pas comprises tant la figure du pirate est familière avec celle du guerrier. En effet, ce sont aujourd'hui bien plus que des opérations de police qui sont menées contre de telles personnes.

La sécurité et la défense entretiennent des liens indéfectibles même si la confusion demeure. Il est donc normal de retrouver ces deux impératifs au sein du Livre IV réprimant les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation.

Intéressons nous, de ce point de vue à l'activité de mercenaire¹⁰³. Il convient de souligner que la France n'est pas signataire de la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires adoptée par consensus devant l'Assemblée générale de l'ONU, le 4 décembre 1989 et entrée en vigueur le 20 octobre 2001¹⁰⁴.

Pour une définition précise, trois instruments juridiques internationaux peuvent nous éclairer : l'article 47 du Protocole I de 1977, l'article 1^{er} de la Convention de 1989 et l'article 1^{er} de la Convention de l'Organisation de l'unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique de 1977.

La loi du 14 avril 2003¹⁰⁵ reprend ces textes et plus spécifiquement la condition selon laquelle pour être qualifiée de mercenaire il faut avoir pris « *une part directe aux hostilités* »¹⁰⁶. C'est donc bien l'incursion de la guerre au sein du Code pénal que nous pouvons souligner. Ainsi, l'article fait une distinction entre la participation à un conflit armé international et un conflit purement interne, comme le souhaite les Conventions de Genève. La loi ne se veut pas originale en reprenant à son compte les six critères cumulatifs de l'article 47§2 du Protocole I de 1977 : être spécialement recruté pour combattre, prendre une part directe aux hostilités, obtenir un avantage personnel ou une rémunération supérieure à celle qui a cours dans les forces armées, ne pas être ressortissant d'un Etat partie au conflit, ne pas être envoyé par un Etat autre que l'un de ceux des parties au conflit en tant que membre des forces armées de cet Etat.

Au-delà de ces caractéristiques, un élément matériel est à souligner, tant il se rapproche de celui du terrorisme : la participation à un acte concerté de violence.

La loi prévoit également de punir le commanditaire du mercenaire si deux conditions sont remplies : la direction ou l'organisation d'un groupement ayant pour objet le recrutement, l'emploi, la rémunération, l'équipement ou l'instruction militaire¹⁰⁷.

En ne reprenant que des concepts déjà existants, la loi passe à côté de la modernité du concept en occultant d'une part la participation indirecte aux hostilités et d'autre part les sociétés militaires privées.

Cependant, elle possède un attrait majeur au regard du droit pénal de l'ennemi : l'article 436-3 sur la compétence *rationae loci*. Il est une entorse au principe de territorialité en excluant les mécanismes de l'article 113-8 du Code pénal posant les principes d'une double incrimination, d'une plainte préalable de

¹⁰¹ Article 421-1 4° du Code pénal.

¹⁰² Section II du Chapitre IV du Livre II du Code pénal, article 224-6 et suivants du Code pénal.

¹⁰³ Activité codifiée aux articles 436-1 et suivants du Code pénal. Loi N°2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire. La loi avait été votée en urgence dans le contexte du conflit ivoirien et est régulièrement dénoncée.

¹⁰⁴ Elle fait du mercenariat une infraction pénale tout en laissant le soin aux Etats de définir les sanctions.

¹⁰⁵ Loi 2003-340.

¹⁰⁶ Article 436-1 du Code pénal.

¹⁰⁷ Article 436-2 du Code pénal.

la victime ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis. C'est donc une extension dérogatoire propre au droit pénal de l'ennemi que la loi prévoit.

Sur le terrain, la loi demeure inopérante dans la mesure où elle se limite aux individus et ne prend pas en compte les entreprises. Cela nonobstant l'article 436-5 du Code pénal qui envisage la responsabilité des personnes morales.

Par ailleurs, aucune disposition n'interdit à une société française de contracter avec des armées étrangères en vue de mettre à disposition les compétences et connaissances d'anciens militaires français dans des missions de protection. En effet, la loi du 24 mars 2005¹⁰⁸ en son article 9 n'est que partiellement efficace en interdisant d'exercer « à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ». Et ce sachant que les militaires sont soumis pendant trois ans après la cessation de leur contrat à un contrôle de leurs activités professionnelles.

Enfin, le Code pénal porte en lui d'autres dispositions permettant de régler la question du mercenariat. On peut lire avec attention les articles relatifs au recrutement de militaires de l'active¹⁰⁹.

Au contraire, l'Afrique du Sud a été l'un des premiers Etats à s'être doté d'une législation prohibant l'activité de mercenaire¹¹⁰. Elle y est définie selon les textes internationaux. On y retrouve le critère de la participation directe à un conflit armé ou encore celui de la distinction entre mercenaire habité par l'appât du gain et le volontaire international animé par des sentiments nobles. Néanmoins, on constate que les critères relatifs à la nationalité ou à sa non incorporation dans la force armée des Etats parties au conflit sont abandonnés. Il en résulte que ne sont pas protégés par cette législation les opposants politiques ou les membres de libération nationale.

Au Royaume-Uni ainsi qu'aux Etats-Unis, la législation sur le mercenariat est marquée par un certain libéralisme qui n'est contrarié que lorsque les actions menées vont à l'encontre de la politique étrangère du pays. Actuellement, le seul texte en vigueur au Royaume-Uni est le *Foreign Enlistment Act* de 1870 qui se contente de prohiber l'engagement militaire pour un pays en paix avec le Royaume sans autorisation du gouvernement. Mais ce texte est jugé inapplicable tant il serait contraire à la liberté individuelle d'édicter une interdiction de travailler à l'étranger. Les américains ont une vision similaire avec l'*US neutrality Act* de 1937 en prohibant le recrutement sur leur sol de nationaux. Le Canada et l'Australie alignent leurs positions en permettant l'engagement de leur nationaux à l'étranger mais pas le recrutement sur leurs sols. Les pays anglo-saxons sont donc très tolérants et cléments avec le mercenariat.

La Suisse a une vision se rapprochant de celle de la France en adoptant un traitement répressif. La première loi date de 1859 et avait pour intérêt de sauvegarder la démographie de son pays face aux guerres européennes que se déclaraient ses voisins. Actuellement, le pays doit affronter la problématique plus spécifique des sociétés militaires privées (SMP) en contradiction avec le principe même de sa politique : la neutralité. La structure politique du pays est particulière et les conséquences sur la sécurité sont importantes. Il revient aux cantons de garantir la sécurité et l'ordre alors que la Confédération possède une compétence constitutionnelle implicite pour prendre les mesures nécessaires afin de promouvoir la sécurité intérieure et extérieure. Elle dispose également d'une compétence exclusive en matière de défense nationale. Il est donc ardu que les SMP viennent concurrencer les différents acteurs. Ce qui est certain est le domaine d'intervention de ces nouveaux figurants dans le paysage sécuritaire helvétique. Ils ne peuvent intervenir que dans la sphère privée dans le respect absolu du principe de proportionnalité. Il n'y a donc pas de privatisation de la sécurité et les SMP sont cantonnées et très encadrées.

Pour finir comme nous avons commencé, nous pouvons remarquer qu'en réalité c'est tout le Code pénal qui est touché par la militarisation du droit. En effet, le deuxième Livre du Code pénal débute par

¹⁰⁸ Loi 2005-270 portant statut général des militaires.

¹⁰⁹ Articles 412-7 et 413-1 du Code pénal.

¹¹⁰ *Regulation of Foreign Military Assistance Act* du 14 mai 1998 amendé par le *Prohibition of mercenary Activities and regulation of certain activities in country of armed Conflict Act* du 16 novembre 2007.

l'étude des crimes contre l'humanité et en premier lieu le génocide¹¹¹. On ne peut nier que de tels actes sont communément commis en temps de guerre comme le souligne l'article 212-2 en employant directement l'expression.

La codification de telles infractions n'est intervenue que tardivement par la loi du 6 août 2004¹¹² alors même que la loi du 26 décembre 1964¹¹³ avait prévu leur imprescriptibilité.

La méthode de qualification est la même qu'en matière de terrorisme. Ce sont des infractions de droit commun qui ont été commises dans des circonstances spéciales. Cette conception est directement issue de la jurisprudence notamment dans les affaires Touvier¹¹⁴ ou Papon¹¹⁵.

Le droit pénal de l'ennemi est très présent dans de telles caractérisations pénales, notamment par les juridictions internationales en consacrant l'existence d'un dol éventuel. L'affaire *TADIC* jugé par le tribunal pénal international pour la Yougoslavie¹¹⁶ a été le point de départ de cette reconnaissance de l'intention. Le lien est dilué dans la mesure où il permet d'imputer à l'auteur du crime l'ensemble des actions commises par les membres de l'entreprise criminelle dès lors que la commission était prévisible. C'est donc bien la participation et le risque induit d'actes prévisibles qui sont sanctionnés. Cette solution a été validée par l'affaire *BLASKIC* jugée par le TPIY : « *l'élément moral propre au crime contre l'humanité n'exige pas de l'accusé qu'il se soit identifié avec l'idéologie, la politique ou le plan au nom duquel les crimes de masse ont été perpétrés, ni même qu'il y ait adhéré. Il suffit qu'il ait, en conscience, pris le risque, de participer à la mise en œuvre de cette idéologie, cette politique ou ce plan.* »¹¹⁷. Le droit interne est un peu éloigné en requérant la certitude de la participation et des conséquences qui en découlent, mais il n'en demeure pas moins que cette évolution de la jurisprudence peut peser sur notre application pratique. En matière de terrorisme, ce qui est mis en lumière dans l'étude de l'intention est bien la même chose à savoir la connaissance du but terroriste de l'entreprise. Le législateur a ainsi mis en avant l'adhésion à un projet terroriste dans l'association de terroristes qui est là encore une infraction condamnant un risque du fait de son appartenance aux infractions obstacle.

Les Etats-Unis et la Chine ont un autre regard sur ces actes. Le premier ne reconnaît que le crime de génocide tandis que le second donne une compétence universelle à ses tribunaux pour en juger. Rappelons à ce titre que la Chine n'est pas signataire du Statut de Rome et que les USA ne l'ont pas ratifié à ce jour.

Justement, il nous livre la définition la plus aboutie du crime contre l'humanité¹¹⁸ dans la mesure où elle dégage trois critères pour que l'infraction soit consommée. Le premier concerne les circonstances puisque il doit être perpétré dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique. Le second est relatif à l'élément moral : la connaissance d'atteindre une population civile. Enfin, la cible est déterminante dans la mesure où il n'est question que des populations civiles. On retrouve là, la jurisprudence du Tribunal Pénal International pour le Rwanda¹¹⁹. Il ne s'agit donc plus d'une règle coutumière bien d'une véritable norme mettant l'accent sur la responsabilité d'un ennemi. En effet, dans la mesure où la sphère n'est plus celle du droit commun, les dirigeants peuvent être poursuivis sans pouvoir arguer de leurs immunités. Il est donc devenu une infraction de droit international pénal, une sorte de droit international de l'ennemi en portant atteinte aux intérêts de la communauté internationale ou aux valeurs de l'Humanité. Nous sommes donc passés d'une règle coutumière à un cadre normatif dirigé par le principe de légalité comme pour mieux reconnaître l'ennemi.

¹¹¹ Articles 211-1 et suivants du Code pénal.

¹¹² Loi 2004-800.

¹¹³ Loi 64-1326.

¹¹⁴ *Bull.crim*, n°42.

¹¹⁵ *Bull.crim*, n°32.

¹¹⁶ TPIY, chambre d'appel, 15 juillet 1999.

¹¹⁷ TPIY, ch.prem.inst. I. 3 mars 2000, §257.

¹¹⁸ Article 7.

¹¹⁹ Affaire Jean-Paul Akayesu, TPIR-96-4-T, 2 septembre 1998.

Le Livre IV est donc le carrefour de la vieille querelle opposant la défense et la sécurité ce qui conduit les incriminations à n'en être que le reflet. Le basculement du délinquant à l'ennemi n'est que la conséquence de cette errance des concepts, avec l'enracinement du droit pénal de l'ennemi comme terreau fertile. L'ennemi est donc bien présent dans l'Etat de droit en dépit du fait qu'il corresponde au *jus in bello*. Le droit pénal du Livre IV n'est donc pas un ensemble de règles secondaires de la responsabilité punitive en cas de violation des obligations primaires du droit international humanitaire. Il en constitue bien une construction indépendante et autonome avec ses propres règles. Ce même mouvement est plus ou moins perceptible dans les législations étrangères, selon qu'elles aient été témoins ou non d'attentats ou d'attaques injustifiées. L'affect induit l'ennemi et une législation répressive. Or, la sécurité n'est rien d'autre que le sentiment, elle prend le dessus sur la défense qui ne peut se cantonner à ses domaines propres.