

Quel droit pénal pour l'ennemi ?

*Faut-il accorder des garanties juridiques aux terroristes ?
La question fait débat depuis les années 1980.*

Par Johann Chapoutot*

Depuis la reconquête des territoires syrien et irakien auparavant dominés par Daech, la question se pose avec insistance en France : doit-on rapatrier les terroristes français ou les laisser juger par des tribunaux syriens ou irakiens qui pratiquent la peine de mort ?

A l'automne 2018, le gouvernement a annoncé que la France ferait tout pour juger elle-même ses ressortissants. Puis, devant l'hostilité de l'opinion, le pouvoir a changé de position : les États souverains avec lesquels la France entretient des relations diplomatiques peuvent juger des Français s'ils garantissent un procès équitable. Le cas n'est plus uniquement théorique : en mai et juin 2019, une douzaine de Français ont été condamnés à mort par des tribunaux irakiens.

L'inflexion de la France s'inscrit dans un mouvement plus vaste qui consiste à priver les terroristes des garanties juridiques fondamentales de l'État de droit. Depuis 2001, les États-Unis traitent les terroristes non comme des ennemis protégés par les conventions internationales, mais comme des « ennemis combattants » soumis à des règles spéciales permettant l'assassinat ciblé, la torture et l'incarcération indéfinie, dont le camp Delta de Guantanamo, créée en 2002 par George W. Bush, est devenu le symbole. Précision importante : les détenus de Guantanamo ne sont pas des citoyens américains.

En France, l'immense émotion suscitée par les attentats de 2015 a conduit le président François Hollande et le Premier ministre Manuel Valls

à proposer pour les terroristes la « déchéance de nationalité ». L'argument était simple : un terroriste s'exclut de lui-même de la communauté nationale. Privé de sa citoyenneté, il ne jouit plus des garanties juridiques qui lui sont attachées. Le projet a été abandonné, mais la pratique des « opérations homo » (« homicides ») hors de tout cadre légal ainsi que l'abandon de citoyens français condamnés à mort à l'étranger indiquent que le terroriste n'est plus considéré comme un citoyen à part entière.

Rendu à l'état de nature

Les sociétés occidentales établissent désormais un partage entre ceux qui ont droit à la pleine protection juridique et ceux qui ne peuvent y prétendre. Triomphe ainsi une idée que le juriste allemand Günther Jakobs a définie en 1985 sous le terme de « droit pénal de l'ennemi ». Le « droit pénal des citoyens » (*Bürgerstrafrecht*) est la norme pour quiconque ne viole pas le contrat social. A l'opposé, le « droit pénal de l'ennemi » (*Feindstrafrecht*) est l'exception qui prévaut pour tous ceux qui, par leurs actes, révèlent qu'ils souhaitent détruire l'État de droit : le mafieux (qui ne respecte que la loi du clan), le terroriste (qui ne suit que ses idéaux) et le criminel multirécidiviste (qui, par son attitude répétée, montre qu'il méprise la loi).

Au milieu des années 1980, Günther Jakobs se bornait à faire un constat : dans une

Jugement en Irak

En 2018, la djihadiste française Djamila Boutoutaou a été condamnée à perpétuité en Irak pour appartenance à l'État islamique.





FAR

Photos des terroristes de la Fraction armée rouge à Berlin en 1978. A la suite des attentats de la FAR, la droite allemande a voulu légaliser la peine de mort.

Allemagne encore ensanglantée par les attentats de la Fraction armée rouge et le terrorisme moyen-oriental, beaucoup plaidaient pour une inflexion des règles de l'État de droit. Au plus fort de la crise terroriste, en 1977, une partie de la droite avait ainsi suggéré la légalisation de la peine de mort. En 2004, le juriste franchit un pas : dans un contexte marqué par les attentats de 2001 et la « guerre contre le terrorisme », il estime que le « droit pénal de l'ennemi » n'est « pas illégitime ». Dès lors, se référer aux travaux de Jakobs permet de donner une justification théorique, dans un cadre démocratique, aux pratiques qui semblent les plus éloignées de l'État de droit.

Jakobs se réfère en effet à Thomas Hobbes, un des plus célèbres penseurs du droit naturel et du contrat social : le criminel endurci viole le contrat et quitte l'état social pour entrer dans l'état de nature, où aucune sauvegarde ne le protège plus. L'argumentation de Hobbes est reprise à son compte par Kant, dans son *Projet de paix perpétuelle*. Reste que, aux yeux de l'historien, l'expression « droit pénal de l'ennemi » évoque tout autre chose que Hobbes, Kant et les Lumières.

Sensible à la pensée de Schmitt, Jakobs légitime l'exception pour sauver la norme

Günther Jakobs a été l'élève de Hans Welzel, un spécialiste du droit naturel et du droit pénal, qui dans *Principes du droit pénal allemand* (un ouvrage de 1940 réédité en 1943), justifiait les réformes introduites par les nazis depuis 1933. Parmi elles, la création d'un *Sonderstrafrecht* (« droit pénal spécial ») pour les éléments « nuisibles au peuple », les « ennemis du peuple », les « étrangers raciaux », les « criminels irréductibles » et les « asociaux ».

Ce droit pénal spécial se traduisait par des mesures administratives de police (incarcération en camp de concentration) et par la croissance du contentieux déferé devant les « tribunaux spéciaux » créés en 1933 et 1934. Pour les juristes les plus influents du III^e Reich, le droit pénal était une arme et la pratique judiciaire une guerre contre les ennemis politiques et biologiques de l'Allemagne.

Günther Jakobs réfléchit cependant à la norme et à la peine dans le cadre politique de la sauvegarde de l'État de droit et



Günther Jakobs

C'est ce juriste allemand qui a théorisé le concept de « droit pénal de l'ennemi ».

non pas dans celui d'une pensée biologique qui vise à la préservation et au renforcement de la « race ». Surtout, ses idées s'inscrivent dans une tradition de pensée qui préexiste de bien loin à 1933. Sans remonter à la pratique médiévale du bannissement, qui rendait l'individu hors la loi, c'est-à-dire qui le privait de toute protection juridique (on pouvait donc l'abattre sans encourir de peine), la pensée contractualiste, puis celle des Lumières, assumait, comme nous l'avons vu, que le pire criminel soit considéré comme exclu de l'état social, et rendu à l'état de nature. De la même manière, à l'Époque moderne, le droit international naissant considérait les pirates comme des « ennemis du genre humain » qui ne pouvaient bénéficier d'aucune protection juridique. Enfin, depuis la fin du XIX^e siècle, le « positivisme juridique » prétendait appliquer au droit les conclusions de la science, notamment de la biologie. Il existait des « criminels de naissance », « héréditaires », auxquels le droit commun ne pouvait s'appliquer. Les nazis furent les héritiers zélés de ce courant.

Günther Jakobs n'est pas de ceux-là. Il est plus sensible à la pensée du Carl Schmitt de 1921, l'auteur de *La Dictature*, qui légitime l'exception pour sauver la norme : le « droit pénal de l'ennemi » doit permettre la survie de l'État de droit et du « droit pénal des citoyens ». Sa pensée et ses prises de position sont un symptôme du temps et des questions qui se posent à nous face aux dangers d'une violence perpétrée par des criminels qui ne reconnaissent rien des règles qui régissent la société humaine, séculière, libérale et laïque. Le débat reste déchirant : faut-il accorder des droits aux ennemis du droit ? En 1914, le philosophe Alain, qui avait connu le terrorisme anarchiste en plein Paris, défendait cette idée sublime : « Nul n'est digne du droit, voilà le fondement du droit ». ■

* Professeur à Sorbonne Université