

Un droit pénal aux relents guerriers

Le démantèlement des camps de Roms en France est probablement l'image qui restera accrochée dans la mémoire collective de l'été 2010. Ici, pas de procès, des bulldozers, pas de juges, des CRS, pas d'avocats, des cris d'enfants et de pauvres mesures démantelées.

Pour ces Roms, jetés hors de France, renvoyés vers un "chez eux" qui n'en veut pas non plus, il n'y aura pas de procès. La mesure les frappera collectivement par le biais de circulaires ministérielles. La violence de l'État les aura atteints en plein cœur dans ce qu'ils ont de plus précieux, de plus intime : leurs enfants, leurs parents, leurs amis. La police aura agi directement sur leurs corps, brandissant parfois, pour la forme, des ordonnances d'un juge mais seulement après avoir évacué tout le camp. Elle les déplacera comme des objets inutiles dans des avions

NEUTRALISER L'ENNEMI PAR TOUS LES MOYENS Y COMPRIS LES PLUS INHUMAINS, TEL EST LE MOTEUR DU DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI DONT LA DOCTRINE DANGEREUSE EST EN PASSE DE S'ÉTENDRE À TOUTE LA SPHÈRE PÉNALE ET BIENTÔT À TOUTE LA SOCIÉTÉ.

Éva Detierre
Juriste, CSCE

De multiples exemples de l'application de cette doctrine existent. La semaine du camp No Border du 25 septembre au 3 octobre 2010 à Bruxelles en a été une nouvelle illustration. Là aussi la police a agi sur les individus en fonction de ce qu'ils sont et non de ce qu'ils ont fait, procédant à plus de 500 arrestations au faciès ou plutôt au look vestimentaire, blessant brutalement des dizaines de personnes et fichant tous ceux et celles qui se rendaient aux manifestations.

pratiques policières qui se répètent sont l'indice de l'extension à toute la société d'une doctrine pénale, basée sur la dangerosité, qui s'est développée pour combattre les ennemis désignés par l'État comme pouvant mettre en danger cette société. On ne peut donc pas se satisfaire de s'indigner de la violation des droits reconnus dans les constitutions nationales ou les conventions de sauvegarde des droits humains, parce qu'en se limitant à cela on évite de poser la question de la nature de l'État dans lequel nous vivons : un État qui ne reconnaît plus un caractère humain à ses ennemis désignés. Ni humain ni animal mais objet dangereux qu'il faut neutraliser. Comme le relève la professeure de droit Mireille Delmas-Marty, "des termes comme le principe de précaution invoqué face au risque de récidive, ou de 'traçabilité' pour justifier la surveillance électronique, suggèrent la métamorphose de l'être humain en objet dangereux, objectivation au sens littéral" **A**.

La critique doit donc passer par un questionnement sur l'évolution du droit pénal, du droit de punir et pour cela, il faut remonter un peu dans le temps, à l'époque

de la naissance du droit pénal dit classique et se demander ce qui a changé. Ce droit pénal, celui des Lumières et de Beccaria **B**, a été construit sur la relation crime-sanction. Dans ce type de droit, les délits et les peines sont écrits dans la loi et nul ne peut être condamné sans avoir commis une infraction à la loi, infraction clairement définie dans celle-ci. Le droit pénal devait être accessible et prévisible. Né avec la constitution des États démocratiques, il prend comme postulat la liberté des individus. Ceux-ci sont responsables des actes qu'ils posent et passibles de subir une peine s'ils enfreignent la loi pénale. C'est un droit basé sur le mythe du contrat social passé entre l'État et les individus et dans lequel ceux-ci ont renoncé par des dispositifs de discipline aux activités qu'ils exerçaient librement en échange de la protection de leurs droits. Ce droit classique n'a jamais vraiment existé en tant que tel car d'autres conceptions du droit se sont mélangées à lui et ont mené notamment à l'élaboration du droit des fous, mélange de pouvoir judiciaire et de savoir médical qui enferme ou interne, selon la formule acceptée, le malade mental pour un temps infini. Michel Foucault a

“ LA POLICE AGIT SUR LES INDIVIDUS EN FONCTION DE CE QU'ILS SONT ET NON DE CE QU'ILS ONT FAIT.”

affrétés pour eux, corps traçables par leurs empreintes diverses, des pouces à l'ADN. Cette action directe de la police française sur un groupe d'individus stigmatisés en raison de leur dangerosité présumée est un exemple cru de ce que peut être l'application de la doctrine du "droit pénal de l'ennemi" à la population d'un pays.

L'HUMAIN : UN OBJET DANGEREUX
De telles pratiques policières ne peuvent pas être critiquées seulement au nom des droits humains. La violation est évidente certes mais la dénoncer ne suffit pas pour comprendre l'enjeu de ce qui se passe sous nos yeux depuis plus d'une décennie car les



AU LOOK! ARRESTATIONS PRÉVENTIVES DE MASSE. BRUXELLES, 29.09.2010

magnifiquement saisi ce mariage du pouvoir et du savoir (médical) dans son livre "Histoire de la folie à l'âge classique" ①. De cette approche sont nées les législations de défense sociale qui écartaient les fous loin de la société.

L'école dite positiviste a été celle qui a élaboré ce droit pénal basé sur la dangerosité de l'individu. Opposée au droit pénal classique, elle s'est inspirée de la médecine pour élaborer sa théorie. Des juristes comme Lombroso ② voyaient dans le délinquant non un citoyen qui a enfreint la loi pénale mais un "microbe social", un danger menaçant l'équilibre de la société que l'État se doit d'écarter, voire d'éliminer. Cette doctrine annonce ce qui est mis en place depuis quelques années et qui avait déjà été théorisé par le juriste allemand Carl Schmitt, par ailleurs ancien membre du parti nazi. Celui-ci a aussi développé l'idée du néces-

saire anéantissement de "l'ennemi" par la force du pouvoir souverain et a servi de caution juridique aux décisions d'extermination du troisième Reich. Ce juriste pour le moins controversé a élaboré des théories sur l'état d'exception, la dictature, le combattant irrégulier qui aujourd'hui, surtout après le 11 septembre 2001, se retrouvent au cœur des dispositifs mis en place mondialement. La filiation est honteuse puisque chacun sait maintenant où mènent ces théories guerrières, toutefois elles ont le mérite en se déployant de dévoiler des rouages cachés de l'État.

Aux États-Unis, où précisément les politiques cachent moins leur jeu qu'en Europe, Bush junior a pu sans complexe appeler à combattre "l'ennemi combattant illégal", à le sortir du droit de la guerre, du droit de Genève et à l'anéantir sans autre forme de procès. Bush mis sur la touche, on peut constater

malheureusement que ses "Patriot Acts" demeurent et que les camps de Guantanamo et de Bagram se vident difficilement. Les dispositifs d'exception comme ces camps d'internement, la torture, la détention sans procès ni charges ou la sous-traitance des exactions et des internements dans des pays tiers, sont devenus permanents et s'étendent à l'ensemble du monde. Ce qui fait dire à certains auteurs que l'état d'exception est devenu la normalité ③.

Les États européens ont transformé leurs législations pénales à la suite des États-Unis en puisant dans leur histoire propre des références doctrinales : l'école positiviste du XIXe siècle bien sûr, Carl Schmitt mais aussi des doctrines militaires de contre-insurrection élaborées lors de la répression des luttes d'indépendance des colonies françaises et britanniques. Ainsi, au fil des années, par l'introduc-

tion de lois d'exception, le droit pénal plus ou moins classique s'est mué en ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui le droit pénal de l'ennemi, théorisé par le juriste allemand Günther Jakobs, ④ qui oppose, pour sa part, le citoyen, doté d'une personnalité juridique entière, à l'individu dangereux, à l'ennemi. "La culpabilité est réservée au citoyen car, malgré l'acte qu'il a commis, on peut attendre de lui qu'il se comportera à l'avenir de manière légale. La dépersonnalisation qu'il subit est limitée à la seule contrainte de la peine en rétribution de son acte. La dangerosité interdit une telle attente. La société doit se protéger, comme elle se protège contre un ennemi, si et aussi longtemps qu'elle ne peut pas attendre de l'individu qu'il se comportera de manière légale, et la contrainte, donc la dépersonnalisation, est plus ou moins forte selon les cas, elle peut devenir extrême." ⑤ →

DROIT D'EXCEPTION DEVENU PERMANENT

Ce droit pénal qui s'adresse à l'ennemi est au départ un droit constitué de lois d'exception votées dans l'urgence et justifiées par la dangerosité d'un ennemi appelé parfois "terroriste", "narco-trafiquant", "pirate" ou "étranger". C'est un droit élaboré dans des instances internationales plus ou moins secrètes comme le Groupe TREVI ou des boîtes à penser peuplées de criminologues aux tendances sécuritaires et de fonctionnaires des ministères de l'Intérieur et de la Justice. Il a été introduit petit à petit dans les législations nationales des États souverains via des directives européennes ou des conventions internationales, voire seulement des accords de coopération, selon une méthode rodée appelée *policy laundering* par référence au blanchiment d'argent et qui consiste à utiliser les institutions internationales pour mettre en place des politiques qui se heurtent à la résistance des institutions nationales ❶.

des juges comme le prévoit en Belgique la loi sur les méthodes particulières ❶.

Centré sur la notion de dangerosité, il mobilise la peur des populations contre des dangers réels ou irréels pour mieux faire accepter le contrôle sur leur vie. La police ne cherche plus seulement à capturer des suspects d'actes délictueux ou criminels, elle multiplie les enquêtes proactives pour arrêter l'individu "dangereux" avant la commission d'un délit. Elle s'associe aux organes de la Sûreté de l'État pour traquer le danger, la menace en utilisant les technologies de pointe les plus avancées (profilage, statistiques). En Belgique, on a créé à cet égard un "Organe de coordination pour l'analyse de la menace" ❶ sous l'autorité conjointe des ministres de la Justice et de l'Intérieur qui scrute et analyse en permanence la fameuse menace. L'OCAM a pris la succession du Groupe interforças antiterroriste créé par l'arrêté royal du 17 octobre 1991.

vue y compris dans les régimes dérogatoires contre le terrorisme ou la criminalité organisée ❶. Notons à cet égard que la Belgique est à l'arrière-garde en ce qui concerne la présence de l'avocat au moment des interrogatoires de police et qu'un timide changement se met actuellement en place sous pression de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le droit pénal de l'ennemi fait aussi appel à des technologies de pointe qui franchissent allègrement les barrières de la vie privée, toujours au nom de l'efficacité et de l'urgence. Les fichiers et l'interconnexion des banques de données à caractère personnel se multiplient. Ces nouvelles technologies fournissent des preuves prétendument scientifiques qui font parler les corps quand le droit au silence permettait au suspect de ne pas s'accuser lui-même. En matière de preuves, on donne une parole aux témoins anonymes, témoins masqués parce que tout est bon, même la délation secrète qui ne permet pas de se défendre. Car tout devient secret, affaire de police, où le procès pénal, en spectacle prime time, dit la peine qui ne sera même pas celle qu'exécutera le condamné puisqu'un internement de sûreté pourra la prolonger indéfiniment. Dans le droit pénal de l'ennemi, les peines existent toujours et sont même aggravées mais leur caractère change car si la dangerosité du délinquant est établie par de prétendus experts, la peine sera prolongée et deviendra une mesure d'éloignement de la société, de mise à l'écart sans retour possible ❷.

voulait réserver aux citoyens. Que constate-t-on déjà au quotidien des chambres pénales sinon l'utilisation systématique en France de la garde à vue pour les petits délinquants, les consommateurs de drogue ou les manifestants, l'allongement partout en Europe des peines pénales et l'utilisation de mesures de sûreté après l'exécution de ces peines, l'introduction de procédures accélérées, de procédures sans instruction préalable, l'utilisation de méthodes particulières d'enquête, le développement des pouvoirs du parquet. Les conditions de détention des détenus de droit commun commencent à ressembler à celles mises en place par les lois d'exception relatives au terrorisme. L'Italie, maintes fois condamnée par les Cours européennes des droits de l'homme, maintient les prisonniers sous l'emprise d'un Département de l'administration des prisons, exempt de tous contrôles judiciaires. Le Code pénal espagnol a été modifié en 1995 et 1998, ce qui a provoqué une augmentation exponentielle des emprisonnements : de 8 440 en 1975, ils sont passés à 76 090 au 31 décembre 2009. Changement du Code pénal mais aussi de la procédure pénale avec l'introduction en 2003 (Loi 38/2002) de la procédure accélérée, basée sur les rapports de police.

Cette perversion du droit pénal général par la doctrine du droit pénal de l'ennemi suggère qu'il y a donc citoyen et citoyen. Le bon, proche du pouvoir, riche de préférence ou le pauvre domestiqué qui ne flirte pas avec les interdits et ne se rend pas coupable d'incivilités. À celui-là, on appliquera ce que des juristes italiens nomment le "droit pénal de l'ami" et, en Italie, il apparaît avec une grande acuité notamment à travers les lois sur mesure votées en matière de prescription, de corruption, d'immunité de hauts dirigeants de l'État mais aussi à travers la légitimation de la violence privée pour la défense de la propriété.

“LE DÉLINQUANT EST PERÇU NON COMME UN CITOYEN QUI A ENFREINT LA LOI PÉNALE MAIS COMME UN 'MICROBE SOCIAL' QUE L'ÉTAT SE DOIT D'ÉCARTER VOIRE D'ÉLIMINER.”

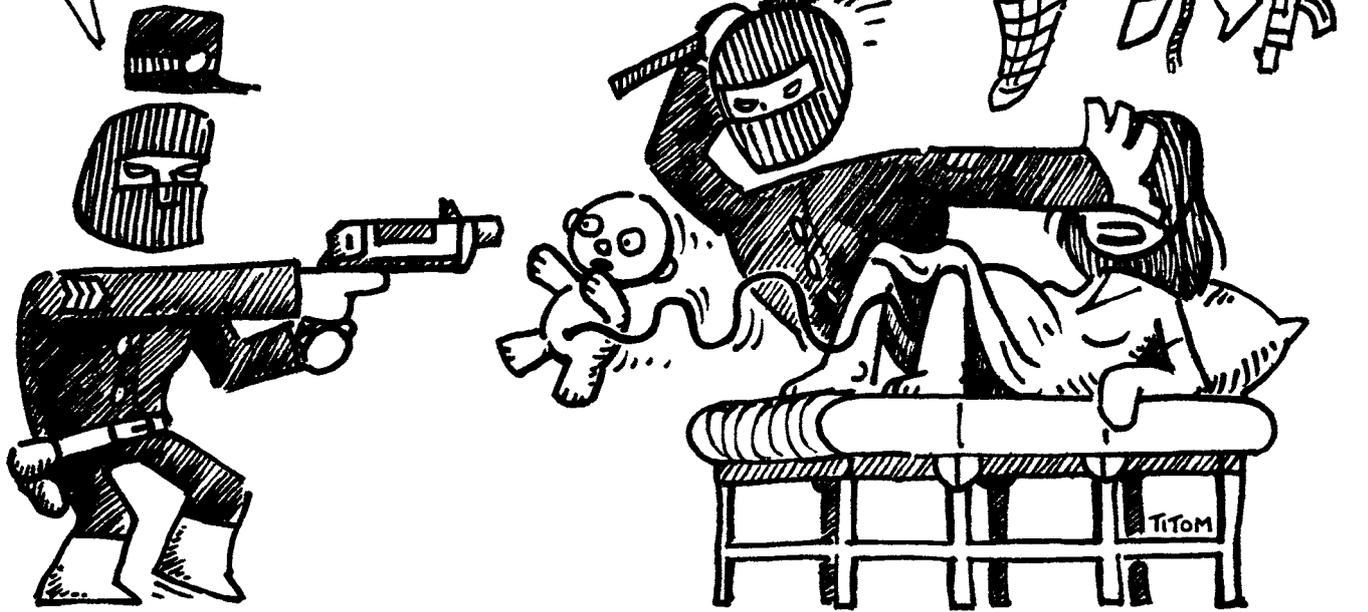
Droit d'exception, il scelle aussi la primauté de l'exécutif sur le législatif non seulement dans son élaboration mais aussi dans son application à travers le pouvoir exorbitant réservé aux procureurs et à la police. Au nom de l'efficacité, il fusionne des forces qui, par souci de démocratie, avaient été séparées au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, à savoir la police et la sûreté, dont les actions sortent maintenant du contrôle des parlements ou même

Des méthodes prohibées dans le passé comme les écoutes téléphoniques ou les caméras cachées sont légalisées. La garde à vue devient le point nodal et se prolonge de manière disproportionnée. Particulièrement en France où, en 2009, 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées ❷ et où l'État s'est vu condamner par son Conseil constitutionnel et par sa propre Cour de cassation pour avoir limité la présence de l'avocat pendant la période de garde à

CONTAMINATION DU DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

Élaboré pour lutter contre des ennemis présentés comme extrêmement dangereux, le droit pénal de l'ennemi s'invite dans les procès correctionnels même si ceux-ci ne concernent pas les terroristes ou les grands criminels transnationaux. Il contamine en quelque sorte le droit pénal général, celui que Günther Jakobs

SI TOUT INDIVIDU EST UN ENNEMI
POTENTIEL, AUTANT S'Y ATTAQUER
DÈS LE BERCEAU...



SI L'AUTRE EST UN ENNEMI...

L'extension à la sphère générale du droit pénal du concept de dangerosité n'est pas le fruit d'un hasard malheureux, car alors le hasard se répéterait partout dans le monde puisqu'il touche aussi bien les communautés mapuches originaires du sud du Chili que les avocats des détenus basques ou les sinistrés de l'Aquila en Italie, sans parler des étrangers en Grande-Bretagne. Il procède donc d'une volonté de changement en profondeur du système pénal face à la crise généralisée du système économique qui pousse de plus en plus de monde au désespoir et à la misère. L'ensemble de la société ne reste pas indemne dans un tel processus de suspicion généralisée. Lorsqu'une législation pénale est basée sur la dangerosité des individus, l'État et tous les dispositifs doivent surveiller chaque individu.

Si l'autre est un ennemi, l'ennemi est partout et nous sommes tous l'ennemi d'un autre. La surveillance doit donc être partout tant dans

l'espace privé que dans l'espace public. Tous les actes non conformes au modèle sociétal doivent être criminalisés pour pouvoir être surveillés. En s'étendant à toute la société, les lois d'exception qui n'ont jamais amené un État

qui garde en mémoire les déplacements de chaque utilisateur, oblige tous ceux qui fréquentent un transport en commun à franchir les portiques qui violent leur vie privée. C'est absurde et inutile mais cela habitue chacun à se plier

partout en Europe, les caméras de surveillance quadrillent les villes; dans les habitations, les compteurs intelligents connaissent tout des habitudes des occupants; les données personnelles aussi privées que l'ADN sont stockées dans des banques de données, le refus de donner son ADN est un délit; le nomadisme est pourchassé. Tous les comportements hors norme sont stigmatisés et punis: parler dans une cage d'escalier, être sale ou manger dans le métro, arrêter sa caravane sur un terrain public ou privé, occuper une maison vide, un terrain en friche. La liste est longue. Le découpage des territoires urbains en zones à risques ou à moindres risques est encore un indice de l'expansion de la théorie du risque à l'ensemble de la société.

Ce qui est visé ici au moyen de méthodes nouvelles, soutenues par des technologies de pointe procurant de plantureux bénéfices aux entreprises les fabriquant, ce sont les individus et les groupes →

“LORSQU'UNE LÉGISLATION PÉNALE EST BASÉE SUR LA DANGEROSITÉ DES INDIVIDUS, L'ÉTAT DOIT SURVEILLER CHAQUE INDIVIDU.”

à déclarer l'état d'urgence comme le permet en Europe l'article 15 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme **D**, dévoilent précisément l'existence bien réelle d'un tel état d'exception.

Les exemples sont nombreux et variés. À Bruxelles, la carte de transport MOBIB, carte nominale

à la règle. Le petit geste anodin de passer la puce devant l'appareil est un geste d'allégeance puisque, le faisant, chacun accepte le contrôle de ses déplacements. En France, certains ont proposé de détecter à la crèche les enfants violents car tant qu'à faire autant commencer tôt; en Belgique, les “incivilités” deviennent passibles d'amendes;

GEORGE ORWELL : VISIONNAIRE DE MERDE !

→ qui présentent un risque pour un système qui ne peut plus les intégrer dans un filet social déchiré et pour cibler ces groupes ou ces individus, il faut les surveiller. Le droit pénal et la répression pourront-ils remplacer des politiques sociales? C'est le pari fait aux États-Unis, où les prisons sont remplies de pauvres mais où la pauvreté ne cesse de grandir. Les politiques décidées en Europe, avec un léger décalage dans le temps, s'inscrivent dans le même dispositif sécuritaire. Et ceux qui voudront contester cet état d'exception devenu la normalité seront qualifiés de terroristes car la notion de délits politiques disparaît, abandonnant le champ de la contestation politique au seul citoyennisme bien cadré. Tout le reste devient criminel. Toute action hors de la limite tracée devient insurrection contre l'ordre établi et réprimée comme telle par les dispositifs de répression devenus dispositifs de contre-insurrection.



- A** Mireille DELMAS-MATHY "Cours : Libertés et sûreté dans un monde dangereux, Études juridiques comparatives et internationalisation du droit", Annuaire du Collège de France, 109/2010, pp. 603 à 627.
- B** Cesare BECCARIA (1738-1794), Des délits et des peines, où il s'oppose à la peine de mort.
- C** Michel FOUCAULT, Histoire de la folie à l'âge classique, Gallimard, 1972.
- D** Cesare LOMBROSO (1835-1909), L'Homme criminel.
- E** Giorgio AGAMBEN, Homo Sacer II, 1. État d'exception, traduit par Joël Gayraud, Paris, Seuil, 2003.
- F** Lire "Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain", RSC 2009, pp. 3 à 68.
- G** http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL28027_Giudicelli_droit_penal_de_la_dangerosite_06_09_09.pdf

- H** Mireille DELMAS-MATHY, ibid.
- I** Loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête qui a modifié le Code d'instruction criminelle.
- J** Loi du 10 juillet 2006 relative à l'analyse de la menace.
- K** Le Monde du 19 octobre 2010, "La garde à vue française non conforme au droit européen".
- L** Cassation française du 19 octobre 2010, arrêt rendu sur avis conforme du parquet général.
- M** Voir les articles 34 bis et suivants du Code pénal (De la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines) et la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental.
- N** "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation".