

L'ENNEMI DANS LE CODE PÉNAL FRANÇAIS : APPROCHES COMPARÉES

Stéphanie AUBERT

*Chargée d'enseignement à l'Université Panthéon – Assas,
Chef d'entreprise AS Conseil, Intelligence économique et juridique*

La présence de l'ennemi dans l'État de droit n'est pas évidente. Si l'État 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. 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. 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 État de droit. Dans les faits cette coexistence est paradoxale et utopique puisque le pouvoir punitif est par nature encadré par l'État 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. Aujourd'hui la réalité de ce mot est beaucoup plus complexe répondant à un impératif de sécurité absolue en durcissant les règles du droit pénal et de la procédure pénale. On assiste ainsi à une criminalisation évidente de l'ennemi. Ce dernier est traité dans l'État 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. La construction théorique d'un droit pénal de l'ennemi, très présent dans le livre IV du Code pénal. 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.

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. Une seule question brûle alors les lèvres des juristes au regard de ces quelques mots : le droit pénal de l'ennemi est-il encore du droit dans l'État de droit ?

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

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

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

Il est intéressant de noter que la quête de l'ennemi est menée tambours battant en ce sens que l'État de droit a toujours besoin d'en désigner un et de le traiter comme un hors la loi. La problématique du dernier ennemi est fondamentale. 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 2011² 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 ». Le législateur a voulu lui donner une autre dimension en l'étendant aux réseaux de communication en ligne. Peu d'États sont allés sur la voie de la reconnaissance d'un tel comportement infractionnel. Les États-Unis se sont dotés en avance d'une telle législation³ puisque c'est un délit puni d'une peine de prison 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. 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 État 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 1959⁴ portant organisation de la défense nationale va définir le rôle de la défense. On peut également examiner l'article L 1111-1 alinéa 3 du Code de la Défense. 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

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

³ D'abord dans le *Dissuasion Act* de 1998 puis par l'*Identity Theft Penalty Enhancement Act* du 15 juillet 2004.

⁴ Ordonnance n° 59-147 portant organisation de la défense.

n'est insérée dans une loi qu'en 1995⁵. La défense se veut globale et permanente avec la prise en compte de la défense civile, militaire et économique. 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 1995⁶. Le droit à la sécurité est vu comme un droit fondamental tandis que ce rang est toujours nié au droit 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. 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 L 1111-1 du code de la défense.

Aux États-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 attentats⁷ ou de sécurité nationale ; saint graal à atteindre, remplaçant l'expression d'*Homeland Defense*. De nombreux auteurs ont alors parlé de « sanctuarisation du territoire national »⁸ pour laquelle œuvrent toutes les forces de la Nation, civile ou militaire.

Le plan du Livre IV nous donne la répartition de ces atteintes à la sécurité et à la défense entre le pôle concernant la trahison⁹ ainsi que l'espionnage et celui plus divers comportant de nombreuses autres atteintes.

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

Le terme d'ennemi ne figure pas dans le Code pénal 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'ennemi¹⁰.

En France, on peut penser à l'article 410-1 du Code pénal qui reprend à son compte des expressions de l'article 1 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.

⁵ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

⁶ Arrêts Werner et Leifer CJCE, C-70/94 et C-83/94, 17 octobre 1995, Recueil de jurisprudence 1995 p. I-03189.

⁷ 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.

⁸ Grondin D. et Gagnon B., « la sanctuarisation du territoire national », in David C.P. *Repenser la sécurité : Nouvelles menaces. nouvelles politiques*, Fidès-la Presse, Montréal, 2002, p. 181-205.

⁹ Article 411-3 du Code pénal.

¹⁰ 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* ».

On constate ce jeu de renvoi au travers de la loi du 3 avril 1878¹¹ 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 défense¹² 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 dérangement.

La loi du 3 avril 1955¹³ 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 des 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 ».

Afin de jouer sur les mots, les juristes ont eu recours à l'État de police, pont nécessaire entre l'État absolu que requiert la chasse à l'ennemi et l'État de droit. En effet, on constate que là où l'État de droit recule, l'État de police devient plus pressant. La législation anti-terroriste décidée après le 11 septembre aux États-Unis par le *Patriot Act* en est l'exemple le plus marquant, conforté par le *Military Order* de novembre 2001.

En France, la loi relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en date du 5 janvier 2011¹⁴ 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 avec le nouvel article L1521-1 du Code de la défense et l'augmentation dans un cadre juridique des pouvoirs de police à l'égard des pirates

¹¹ Loi 1878-04-03 relative à l'état de siège.

¹² Ordonnance n° 2004-1374.

¹³ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie.

¹⁴ Loi n° 2011-13.

avec les articles L 1521-11 à L 1521-18 du même code. Cette loi de police vient donc combler un vide juridique partiel depuis la loi du 15 juillet 1994.

Aux États-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 Virginie¹⁵ 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.

Ainsi le droit pénal de l'ennemi s'illustre donc à travers trois mouvements distincts : la sévérité des peines, le recul des garanties du procès équitable et spécialement du droit des personnes mises en cause. Le dernier point, n'est autre que la criminalisation du risque, simple aléa, mettant à l'amende la théorie du résultat et consacrant le hasard. 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. 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.

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

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

La *summa divisio* consistant à opposer les infractions politiques des 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 terrorisme¹⁶ est au cœur du Livre IV. Or, le Code pénal est silencieux tant sur le domaine que 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 pénale¹⁷ 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 »¹⁸.

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. 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 surprenant que tous les actes de terrorisme soient écartés de cette catégorie. Il y a d'autres oubliés au chapitre : les infractions contre la Nation, l'État

¹⁵ Arrêt 17 août 2010 United States versus Ali Saïd.

¹⁶ Article 421-1 et suivants du Code pénal.

¹⁷ 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.

¹⁸ Point 43.

ou la paix publique sont laissées pour compte. Il semble donc que le champ des infractions politiques soit réduit telle une peau de chagrin.

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. Aux États-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. 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 espèces¹⁹, 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 révolution²⁰. Le champ d'application de l'infraction est donc particulièrement restreint.

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'État tandis que le critère subjectif retient les mobiles politiques pour caractériser une telle infraction. La jurisprudence a eu très vite une attirance certaine pour le critère objectif comme en témoignent les grandes affaires qui ont marqué notre histoire pénale : les affaires *Brea*²¹ ou *Gorguloff* dont l'attendu de principe est assez éloquent : « L'assassinat d'un chef d'État quelque en soit les motifs reste une infraction de droit commun »²².

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

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 1995²³, 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

¹⁹ *Ornelas versus Ruiz, Escobido versus United States, Re Extradition of Gonzales* de 1963.

²⁰ Affaire *Ramos versus Rodrianez Diaz* et Affaire *Re Ezeta*.

²¹ Le général Bréa avait été assassiné le 25 juin 1848.

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

²³ Pourvoi n° 93-14837.

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'État dans l'affaire *Klaus Croissant*²⁴. Le critère subjectif est circonscrit à la gravité de l'infraction, nouvel élément de distinction.

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 politique²⁵.

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 »²⁶.

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 1986²⁷ 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 dérogatoire²⁸ qui est mis en place fait du terroriste un ennemi au statut de criminel.

Puis c'est la loi du 22 juillet 1992²⁹, 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. 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. 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 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.

Enfin si par le passé, les lois antiterroristes s'attachaient à la violence de l'acte, dorénavant, elles s'attaquent au soutien apporté à une telle entreprise³⁰ tout en élargissant horizontalement de telles incriminations : terrorisme écologique³¹, cyberterrorisme³² ou encore terrorisme chimique³³.

²⁴ Arrêt du Conseil d'État en date du 7 juillet 1978 n° 10079.

²⁵ Doucet G., « Terrorisme : définition, juridiction pénale internationale et victimes », *Revue internationale de droit pénal*, vol 76, n° 3-4, 2005, p. 261.

²⁶ Article 5 du Statut de Rome de la CPI de 1998.

²⁷ Loi n° 86-1020.

²⁸ Article 706-16 du Code de procédure pénale.

²⁹ Loi n° 92-686.

³⁰ Articles 421-2-1, 421-2-2, 421-2-3 du Code pénal.

³¹ Article 421-2 du Code pénal.

³² Article 421-1 2° du Code pénal.

³³ Article 421-1 4° du Code pénal.

B. La militarisation du Livre IV du Code pénal.

Nonobstant le mutisme entourant l'ennemi et sa désignation, la figure du guerrier est largement palpable dans le Livre IV au regard de l'activité de mercenaire³⁴. 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 2001³⁵.

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 2003³⁶ reprend ces textes et plus spécifiquement la condition selon laquelle pour être qualifiée de mercenaire il faut avoir pris « une part directe aux hostilités »³⁷. 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 souhaitent 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. 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 militaire³⁸.

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. 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.

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 2005³⁹ 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 ».

³⁴ 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.

³⁵ Elle fait du mercenariat une infraction pénale tout en laissant le soin aux États de définir les sanctions.

³⁶ Loi 2003-340.

³⁷ Article 436-1 du Code pénal.

³⁸ Article 436-2 du Code pénal.

³⁹ Loi 2005-270 portant statut général des militaires.

Au Royaume-Uni ainsi qu'aux États-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.

C'est tout le Code pénal qui est touché par la militarisation du droit. En effet, le deuxième Livre du Code pénal débute par l'étude des crimes contre l'humanité et en premier lieu le génocide⁴⁰. 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 2004⁴¹ alors même que la loi du 26 décembre 1964⁴² 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 Touvier⁴³ ou Papon⁴⁴.

Le droit pénal de l'ennemi est très présent en consacrant l'existence d'un dol éventuel. L'affaire *TADIC* jugé par le tribunal pénal international pour la Yougoslavie⁴⁵ a été le point de départ de cette reconnaissance de l'intention. 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. Le droit interne est un peu éloigné en requérant la certitude de la participation et des conséquences qui en découlent.

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. L'ennemi est donc bien présent dans l'État de droit en dépit du fait qu'il corresponde au *jus in bello*. 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.

⁴⁰ Articles 211-1 et suivants du Code pénal.

⁴¹ Loi 2004-800.

⁴² Loi 64-1326.

⁴³ *Bull. crim.*, n° 42.

⁴⁴ *Bull. crim.*, n° 32.

⁴⁵ TPIY, chambre d'appel, 15 juillet 1999.