

REVUE D'HISTOIRE

DES FACULTÉS DE DROIT ET DE LA CULTURE JURIDIQUE

LECTURES DE... N° 15 :

*LA CONDITION DES SUJETS ENNEMIS EN
FRANCE PENDANT LA GUERRE (1916) ET
COURS RADIODIFFUSÉ SUR L'HÉRITAGE (1938-1939)*
(J. Broch éd., Académie des sciences morales
et politiques, 2021)

de RENÉ CASSIN

Journée d'étude organisée le 1^{er} juin 2023 à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, textes mis en ligne le 23 janvier 2026.

Pour citer cet article : Muriel Ubéda-Saillard, « La neutralisation des personnes perçues comme dangereuses par la communauté en guerre : Une préfiguration du droit pénal de l'ennemi », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2025, Hors série *Lectures de... n° 15 : La condition des sujets ennemis en France pendant la guerre (1916) et Cours radiodiffusé sur l'héritage (1938-1939)* (J. Broch éd., Académie des sciences morales et politiques, 2021), de René Cassin.

En ligne sur :

<https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/manifestations/48494-lectures-de-la-condition-des-sujets-ennemis-en-france-pendant-la-guerre-1916-et-cours-radiodiffuse-sur-l-heritage-1938-1939-de-rene-cassin>

LA NEUTRALISATION DES PERSONNES PERÇUES COMME DANGEREUSES PAR LA COMMUNAUTÉ EN GUERRE : UNE PRÉFIGURATION DU DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI

Muriel UBÉDA-SAILLARD
Professeur de droit public,
Université de Lille

1. Les sociétés sont-elles capables de s'échapper de la perception binaire des relations humaines chère à Carl Schmitt¹ – amis/ennemis, partisans/opposants et autres adeptes/adversaires – pour prendre acte de leur complexité et ne pas retomber dans la répétition historique ? Dans un monde de plus en plus divisé, dans lequel la reconfiguration des rapports de puissance engendre une remise en cause sinon du nouvel ordre mondial établi en 1945, du moins de la manière dont il a été promu par les États jusqu'alors en position de *leadership*, c'est à nouveau une logique de confrontation qui s'impose aux populations, sommées de choisir leur camp sur le fondement d'argumentations sommaires et manichéennes. L'humanité glisse progressivement vers un monde « plat » en deux dimensions², alimenté par l'imaginaire cybernétique et gouverné « par les nombres³ ».

Cet appauvrissement de la pensée et du politique, qui est raccord avec le déploiement du néolibéralisme économique, produit des incidences majeures au plan juridique. Aucun droit ne semble aujourd'hui échapper à la contamination de mouvements

¹ C. Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, 1992 (rééd.), 323 p.

² T.I. Friedman, *The world is flat - The globalized world in the twenty-first century*, Penguin Books UK, 2006, 593 p., et aussi M. Mc Luhan, *The Global Village : Transformations in World Life and Media in the 21st Century (Communication and Society)*, Oxford U.P., 1992, 240 p.

³ A. Supiot, *La gouvernance par les nombres (cours au Collège de France 2013-2014)*, Paris, Fayard, 2015, 508 p.

d'exceptionnalisation au nom de causes diverses estimées justes, qu'il s'agisse de réagir à l'agression de l'Ukraine par la Russie, d'affaiblir le régime iranien et son ambition de prolifération nucléaire, ou encore d'amener les acteurs du conflit israélo-palestinien vers un cessez-le-feu et des négociations diplomatiques en vue d'accepter un plan de paix. Parmi les stratégies de *lawfare* déployées, en guise d'une politique juridique extérieure guerrière⁴, les sanctions unilatérales extraterritoriales primaires et secondaires⁵ sont en bonne place, ciblant des régimes politiques, leurs dirigeants, des secteurs d'activités économiques ou des entreprises – et même des agents d'organisation internationale⁶ ! – sans l'aval du Conseil de sécurité des Nations Unies et donc d'une manière le plus souvent illicite au regard des principes fondamentaux du droit international, indépendamment d'une validation régionale pour certaines d'entre elles⁷. Elles conduisent à une aporie : comment promouvoir le droit international public tout en contrevenant à son architecture et certaines de ses normes⁸ ?

2. Ce mouvement d'exceptionnalisation des droits et procédures dans des États *en paix* à l'égard de menaces *extérieures* offre un éclairage intéressant pour appréhender leur comportement face à ce qu'ils estiment être des ennemis intérieurs risquant de compromettre

⁴ G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Institut français des relations internationales (IFRI), coll. enjeux internationaux, Paris, 1983, Economica, 235 p.

⁵ Voir par exemple C. Beaucillon (éd.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Cheltenham, E. Elgar Pub., 2021, 512 p. ; S.P. Subedi (éd.), *Unilateral Sanctions in International Law*, Oxford U.P., 2021, 364 p.

⁶ On vise ici les sanctions économiques, sous forme de gel des avoirs, adoptées sous la première présidence Trump à l'encontre de l'ancienne Procureure de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda, et de son chef de la division de la compétence, de la complémentarité et de la coopération, Phakiso Mochochoko, pour réagir à l'enquête menée en Afghanistan, ainsi que les sanction contre les membres de la Cour suite à l'ouverture de l'enquête dans la situation palestinienne et aux mandats d'arrêt délivrés contre Benjamin Netanyahu et Yoav Gallant. Voir par exemple A. Hermet, « Les sanctions américaines contre des membres du personnel de la Cour pénale internationale », *AFDI*, 2020, p. 473-488.

⁷ Pour une vision d'ensemble des mesures restrictives adoptées par l'Union européenne, voir le site internet [<https://www.sanctionsmap.eu/#/main>].

⁸ Les sanctions qui prolifèrent tous azimuts ébranlent sérieusement le respect des droits de l'homme, malgré les dérogations prévues pour des motifs humanitaires, voir *Les droits de l'homme et les mesures coercitives unilatérales*, Note du Secrétaire général, doc. NU, A/70/345, 28 août 2015, ainsi que les Rapports de la Rapporteur spéciale des Nations Unies sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme.

la paix civile ou de porter atteinte aux intérêts supérieurs de la Nation, que celle-ci soit ou non engagée dans un conflit armé international ou non international.

Les attentats terroristes du 11 septembre 2001 ont en effet projeté la communauté internationale dans un des « trous noirs » du droit des gens⁹, remettant en cause des principes que l'on croyait acquis depuis 1949. Afin d'embastiller dans le camp de Guantánamo des combattants djihadistes en les privant de la plus grande partie de leurs droits individuels, les États-Unis ont ainsi exhumé l'ancienne notion de « combattants irréguliers¹⁰ », en méconnaissance du principe de distinction qui prévoit, en droit international humanitaire, un régime différencié selon que les personnes ont, ou non, pour fonction continue de participer directement aux hostilités¹¹. D'autres pratiques hors la loi ont été développées et mises en œuvre, y compris par les États démocratiques, dont l'emblématique méthode des meurtres ciblés (*targetting killings*) ou encore les restitutions extraordinaires (*extraordinary renditions*) visant l'arrestation et la remise secrètes et opérées en dehors de tout cadre légal de présumés terroristes, généralement à la CIA¹².

La mal nommée guerre contre la terreur (*war on terror*) a plus généralement contribué à brouiller la frontière entre le paradigme de la conduite des hostilités (et de l'éventuelle légitime défense qui en constitue un élément) et celui de l'application du droit (*law enforcement*), et donc entre deux états distincts des relations internationales : la guerre et la paix. Cette évolution s'est réalisée au préjudice du respect des droits de l'homme aux plans international comme national d'ailleurs. Les démocraties ont ainsi multiplié les recours aux lois sur l'état d'urgence afin de lutter au mieux contre

⁹ A. Cassese, *Violence et droit dans un monde divisé*, Paris, PUF, 1990, 223 p., p. 49.

¹⁰ J. Cantegrel, « La doctrine du “combattant ennemi illégal” », RSC, 2010, p. 81.

¹¹ Sur ce principe cardinal du droit humanitaire, voir par exemple B. Saul, D. Akande (éd.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, 2020, Oxford U.P., 443 p. ; M. Sassoli, *International Humanitarian Law : Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Pub. Ltd, 2024, 741 p. ; ainsi que N. Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, 2009, 88 p.

¹² M. Ubéda-Saillard, « Au cœur des relations entre violence et droit : la pratique des meurtres ciblés au regard du droit international », *AFDI*, 2012, p. 83-116.

une menace sécuritaire réelle et préserver l'intégrité de leur population et de leur modèle de développement¹³.

3. C'est dans ce contexte que le droit pénal a pu subir une mutation – postmoderne¹⁴ ? – dans sa nature comme dans son utilisation en tant qu'arme de défense des États de droit, afin de faire face aux nouvelles formes de conflictualité internationale. Cette conception du droit pénal, mobilisé de manière nouvelle à l'aune de la dangerosité, et non plus de la culpabilité, des individus (I), afin de préserver, avec la police administrative, l'ordre public (II), fait écho à la doctrine sulfureuse du droit pénal de l'ennemi, qui a été développée par Günther Jakobs à la fin des années 1990, et plonge en réalité ses racines dans les travaux de certains pénalistes nazis. Elle se dessine aussi, à l'état d'ébauche, dans le cours de René Cassin *De la condition des sujets ennemis en France pendant la guerre (1916)*, dont plusieurs développements traitent de l'utilisation de l'arsenal pénal pour neutraliser « l'ennemi intérieur¹⁵ ».

I. La neutralisation des personnes à l'égard de ce qu'elles *sont* – et non de ce qu'elles *font*

4. Ainsi que Cassin le souligne dans sa 6^e leçon traitant des atteintes portées à la liberté du commerce, « formuler des prohibitions n'est rien. Ce qu'il faut, c'est prévenir leur violation ou punir ceux qui ont contrevenu aux défenses éditées » par la réglementation¹⁶. La répression pénale des violations renforce évidemment l'effectivité des obligations, mais permet aussi, par la peine maximale de la réclusion ou détention criminelles, de mettre l'individu littéralement « hors d'état de nuire » en le retranchant physiquement de l'espace public. Elle constitue par conséquent un moyen efficace pour protéger la communauté nationale en guerre des risques causés par la présence, sur le territoire, de civils

¹³ C. Lazerges, « Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme », RSC, 2018, p. 753.

¹⁴ J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », RDP, 1998/3, p. 659-714.

¹⁵ R. Cassin, *De la condition des sujets ennemis en France pendant la guerre (1916)*, précédé de J. Broch, *Faire face à l'ennemi : René Cassin, juriste monté au « front intellectuel »*, Académie des sciences morales et politiques, 2021, 365 p. – l'ouvrage sera mentionné dans les notes comme « Cours de R. Cassin », 1^e leçon, p. 138.

¹⁶ Cours de R. Cassin, 6^e leçon, p. 198.

ressortissants ou sympathisants d'États ennemis, préfigurant une cinquième colonne. Étonnamment pourtant, Cassin n'y consacre pas une leçon à part entière dans son cours, et l'évoque essentiellement au sujet de la loi du 4 avril 1915 portant sanction pénale des violations d'entretenir des relations économiques avec l'ennemi. Certaines des mesures qu'il préconise présentent néanmoins des points communs avec la doctrine du droit pénal de l'ennemi, qui rompt avec le droit pénal moderne tel qu'il existe depuis le XVIII^e siècle, faisant place à « une pénalité qui donne à la société des droits sur les individus à raison de ce qu'ils sont, et non plus à partir de ce qu'ils ont fait¹⁷ ».

5. L'ennemi, une « personne juridique » aux droits inférieurs. La dépersonnalisation du sujet constitue en l'occurrence le trait distinctif majeur de cette doctrine, que Günther Jakobs synthétise clairement dans son article paru à la *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* en 2009. Selon lui, le concept de personne est élastique, et se conçoit de manière relative et non absolue :

L'aspect personne fait un pas en arrière et l'aspect ennemi vient sur le devant de la scène, quand les droits de la personne sont réduits, parce qu'on ne peut plus attendre de la personne un comportement conforme à la loi dans l'avenir, et que ce comportement non conforme est quelque chose de durable. Si cette situation se produit, la personne n'est plus autonome en ce qui concerne ses droits réduits, et ses droits sont gérés par une personne étrangère (*Fremdverwaltung*)¹⁸.

Cette analyse introduit une distorsion entre le citoyen, coupable d'infractions sanctionnées par une peine lui permettant de payer sa dette à la société et de rejoindre par la suite le chemin de la légalité, et l'individu dangereux, ennemi de la cité, dont on ne peut attendre qu'il en respecte les règles et qui subit, par voie de conséquence, une dépersonnalisation extrême¹⁹. Une telle distinction

sonne le glas de l'universalité des droits et libertés fondamentaux, excluant de la communauté des hommes les ennemis. C'est un droit

¹⁷ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », RSC, 2010, p. 69.

¹⁸ G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », RSC, 2009, p. 7.

¹⁹ Pour une analyse critique, G. Giudicelli-Delage, *op. cit.*

du rejet et sans espérance aucune pour ceux qui ont lourdement porté atteinte à la Nation par des actes terroristes ou des crimes considérés comme très graves²⁰.

Le discours du droit, mais aussi la propagande et l'endoctrinement mis en œuvre par les autorités permettent d'éduquer la population, afin qu'elle intérieurise progressivement la différence de nature qui la sépare de l'ennemi, jusqu'à la totale déshumanisation de ce dernier. Les techniques développées par le système concentrationnaire nazi illustre de façon paroxystique la négation graduelle, pour les Juifs, de leur qualité d'êtres humains, via la mise en place d'un statut juridique discriminatoire – les lois de Nuremberg adoptées dès 1935, d'une stigmatisation visuelle (l'obligation de porter une étoile jaune ou un brassard), d'un enfermement dans des ghettos ou des camps, jusqu'à la mécanique d'extermination (rafles et camps d'extermination avec chambres à gaz ou fours crématoires) et, avec la disparition des corps et effets personnels, celle – souhaitée – de l'existence et du souvenir des victimes, telle une « mort redoublée » en quelque sorte²¹.

Le discours guerrier qui est porté, pendant la Première Guerre mondiale, par les juristes et hommes politiques français vise lui aussi, dans une moindre mesure, à diaboliser les « nobles champions de la *Kultur*, qui ont l'audace de se draper en représentants d'une civilisation supérieure [et qui] ont par leurs actes déshonoré l'humanité²² ». Dans son cours, Cassin explique que « la guerre [a été] voulue par l'Allemagne et l'Autriche », que les Français subissent en Allemagne des « exactions désastreuses » et que cet État n'hésite pas à commettre des « atrocités systématiques » dans les pays neutres envahis, témoignant ainsi de son plus grand « mépris » du droit international²³.

²⁰ C. Lazerges, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », RSC, 2016, p. 649.

²¹ C. Wardi, P. Wilgowicz (dir.), *Wirre et écrire la mémoire de la Shoah. Littérature et psychanalyse*, Paris, éd. du Nadir, 2002, 546 p., p. 52. Parmi les mémoires des rescapés, voir notamment M. Lordan-Ivens, *Et tu n'es pas revenu*, Paris, B. Grasset, 2015, 106 p. ; C. Delbo, *Auschwitz et après. II. Une connaissance inutile*, Lonrai, Les éditions de minuit, 2014, 187 p. ; et A. Appelfeld, *Histoire d'une vie*, Paris, Seuil, 2005, 213 p.

²² P. Pic, « Violations systématiques des lois de la guerre par les Austro-Allemands : les sanctions nécessaires », RGDI, 1916, p. 243-268, p. 243.

²³ Cours de R. Cassin, 1^e et 10^e leçons, respectivement p. 137, p. 275, p. 138, et p. 137.

6. L'identification de l'ennemi. Loin de correspondre à un concept ontologique, l'ennemi est celui qui est désigné comme tel par les autorités nationales, sur le fondement de critères fluctuants qui renvoient de manière générale à son altérité. Contrairement à la philosophie levinassienne dans laquelle « l'avenir, c'est l'autre²⁴ », l'étranger est, par essence, un barbare qui, du fait de ses origines, présente des liens avec la puissance ennemie et constitue donc un danger pour la communauté nationale qui l'a accueilli et qui doit le traiter avec suspicion, quelles que soient ses activités et sa loyauté envers l'hospitalité dont il a bénéficié.

Dans son cours, Cassin s'évertue par conséquent à déterminer quels sont les ressortissants de pays ennemis ou assimilés qui devraient faire l'objet d'un traitement différencié, en consacrant de longs développements au droit français de la nationalité et en cherchant à séparer le bon grain de l'ivraie de manière parfois ubuesque – avec la distinction « des vrais et faux alsaciens lorrains » par exemple²⁵. Il relève notamment que, compte tenu de la complexité des lois étrangères, les ressortissants allemands et hongrois visés seront présumés avoir conservé leur ancienne nationalité, indépendamment de l'acquisition d'une nouvelle, et cette présomption allégera d'autant la charge de la preuve pesant sur le ministère public²⁶ – cette logique dérogatoire est la marque du droit de l'ennemi, comme on le verra par la suite. Pourtant, il rappelle, à juste titre, qu'au regard du droit des conflits armés conventionnel et coutumier de l'époque,

La guerre étant un mal, il y a lieu de faire tout le possible pour limiter les maux de la guerre aux seuls belligérants. [...] [L]a guerre, lorsqu'elle éclate, se fait d'État à État, et non entre particuliers. [...] [L]a déclaration de guerre ne doit produire contre les particuliers aucun effet direct, ni au préjudice de leur personne, ni au préjudice de leur faculté de contracter, ni au préjudice de leurs biens²⁷.

Ainsi, en principe,

²⁴ E. Levinas, *Le temps et l'autre*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, rééd. 2001, 92 p., p. 64.

²⁵ Cours de R. Cassin, 5^e leçon, p. 188.

²⁶ *Ibid.*, 3^e leçon, p. 158-159.

²⁷ Cours de R. Cassin, p. 135.

les nationaux de l'État ennemi résidant sur le territoire peuvent à la rigueur être mis hors d'état de nuire au moyen d'expulsions collectives, mais on ne peut ni les maltrai ter, ni les séquestrer, ni même les empêcher de regagner leur pays avant la déclaration de guerre en vue de leur interdire l'accomplissement de leurs devoirs militaires²⁸.

Cette conception ne résiste cependant pas au phénomène de guerre totale, qui oblige chaque État belligérant à cibler les ressortissants des pays adversaires²⁹.

7. La mise à l'écart de l'ennemi.

Cassin remarque que

[I]a France, pays généreux et hospitalier, abritait au début de la guerre 1 500 000 étrangers, parmi lesquels de nombreux ressortissants des pays ennemis : 50 000 Allemands environ dans Paris. Bien plus, nous avions chez nous un certain nombre de naturalisés de fraîche date qui n'avaient pas, contrairement aux principes normaux, rompu toute relation avec leur patrie d'origine³⁰.

Il convenait ainsi de se prémunir de « la possibilité de représailles » et de « se défendre contre un ennemi intérieur », en mettant « les ressortissants des pays ennemis dans l'impossibilité de nuire, soit en les expulsant, soit en les reléguant hors des points les plus exposés de la France, soit en [tentant] de démasquer les faux Français³¹ ». Eu égard au caractère total de la Première Guerre mondiale, il s'agissait plus largement de décréter « l'interdiction de faire le commerce avec l'ennemi, l'institution des séquestrés, la dissolution des sociétés françaises placées aux mains d'Allemands³² », de manière à amplifier les effets du blocus et à affaiblir les forces ennemis. Cassin en conclut que « [I]es mesures, malgré leur caractère des plus modérés, atteignent les nationaux ennemis en France dans leur liberté personnelle, dans leur liberté de contracter avec des Français, enfin dans leurs biens, leur patrimoine³³ ».

Il ne développe pas en l'occurrence les deux catégories de mesures les plus radicales, à savoir l'expulsion du territoire français

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, p. 139.

³⁰ *Ibid.*, p. 138.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, p. 139.

et l'internement dans les camps de concentration, généralement situés loin du théâtre des opérations militaires (Luçon, les Sables d'Olonne, voire certaines îles de l'Atlantique dotées d'une forteresse³⁴). Celles-ci s'apparentent, en droit pénal, à des mesures de sûreté visant exclusivement à défendre l'ordre public et plus largement la société.

8. La double translation de l'*acte* à l'*auteur* et de la *culpabilité* à la *dangerosité*, avec en ligne de mire un objectif : l'anticipation du risque. Le droit de l'ennemi dont Cassin tente de tracer les contours jette les bases du droit *pénal* de l'ennemi qui sera théorisé ultérieurement. « Le droit pénal de l'auteur, qui heurte la conception libérale du droit pénal de l'acte³⁵ », était déjà contenu en germes dans les travaux de pénalistes, tels les positivistes italiens, qui estimaient que la responsabilité pénale devait être appréhendée à l'aune de la dangerosité, et servir plus largement à neutraliser les délinquants incurables en vue de maintenir l'ordre³⁶.

Geneviève Giudicelli-Delage et Mireille Delmas-Marty ont bien expliqué comment « la dangerosité travaille le droit pénal de l'intérieur³⁷ » en l'éloignant de la culpabilité et de l'imputabilité de celle-ci³⁸. Anticiper le risque, et non se contenter de réagir à la faute, permet aux autorités d'intervenir *ante delictum* grâce à des mesures de sûreté, ouvrant inévitablement la porte à des dérives liberticides – sans même évoquer les scénarii cauchemardesques d'un droit pénal prédictif, comme dans le film de science-fiction *Minority Report*. Dans l'entre-deux-guerres, la doctrine pénaliste des Précurseurs entrevoyait d'ailleurs la possible application de telles mesures à la criminalité des États. Ainsi, dans son *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparé*, Donnedieu de Vabres écrivait-il :

³⁴ Cassin évoque brièvement la détention dans des camps de concentration à Lambes des « ennemis véritables jouissant d'un régime de faveur », à savoir les engagés dans la Légion étrangère, voir son cours, 5^e leçon, p. 188. Sur le phénomène concentrationnaire, voir le commentaire de J. Broch, qui situe son apparition lors de la guerre des Boers (p. 93).

³⁵ J.-F. Dreuille, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence revue critique*, 2012/3, p. 149-164, p. 152.

³⁶ J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., 1991, 127 p., et J.-L. Halpérin, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *RSC*, 2010, p. 9.

³⁷ G. Giudicelli-Delage, *op. cit.*

³⁸ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010, 273 p.

[...]a mesure de sûreté, d'un caractère mi-pénal, mi-civil, et dont les modalités sont extrêmement variables, peut défendre la société contre les égarements des personnes morales publiques, aussi bien que des groupements à caractère privé. C'est le moyen qu'utilisera, comme antidote à la "criminalité collective des États" le "droit pénal de l'avenir"... un avenir peut-être lointain³⁹.

Pella quant à lui voyait dans les mesures imposées par les Alliés à l'Allemagne, suite à la Première Guerre mondiale,

telles que l'occupation, le contrôle de toute activité collective d'ordre économique, politique ou intellectuel, la suppression des usines destinées à refaire le potentiel de guerre de l'Allemagne [...] des mesures de sûreté déterminées par l'état de danger que présente une collectivité étatique pour l'ordre international⁴⁰.

Il regrettait d'ailleurs qu'elles n'aient pas été appliquées à l'Allemagne en 1945, de manière à prévenir le danger que cet État présenterait naturellement pour la coexistence pacifique dans les relations internationales.

II. L'exceptionnalisation du droit pénal au service de la violence conservatrice de l'État

9. La surmobilisation du droit pénal. L'analyse que livre Cassin de la loi du 4 avril 1915, « [v]otée par le Parlement après une rapide discussion, [ayant] pour objet de fournir le complément indispensable au décret du 27 septembre 1914, en même temps que la ratification de ce texte inconstitutionnel [définissant la pratique des séquestres]⁴¹ » et portant sanction pénale des violations d'entretenir des relations économiques avec l'ennemi, permet d'identifier des éléments techniques faisant écho aux caractéristiques d'un droit pénal postmoderne, à commencer par une surenchère législative. En effet, en créant un délit de commerce avec l'ennemi, cette loi

³⁹ H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparé*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1943, 936 p., p. 911.

⁴⁰ V.V. Pella, « Fonctions pacifatrices du droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix », *RGDIP*, 1947, p. 1-27, reproduit et commenté dans M. Ubéda-Saillard, *La justice pénale internationale au service de la paix mondiale, Dialogue avec Vespasien V. Pella*, Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Tiré-à-part, 2023, 152 p., p. 20 du texte reproduit (nous soulignons).

⁴¹ Cours de R. Cassin, 6^e leçon, p. 198.

s'ajoutait à l'article 77 du Code pénal qui punissait déjà de détention perpétuelle toute personne ayant entretenu des intelligences avec l'ennemi, quelles qu'elles soient⁴².

Or, dans les sociétés modernes, le droit pénal tend à ne plus être l'*ultima ratio*, juste et utile, et à subir une hypertrophie au nom de l'impératif sécuritaire dans un contexte d'accroissement des menaces. Le chemin de crête est étroit pour les États de droit qui doivent trouver un équilibre entre la préservation de leur société, par la définition d'un droit d'exception, et l'écueil de « la démagogie du “risque zéro” » qui les ferait verser dans l'autoritarisme en tentant de prévoir « l'imprévisible⁴³ ».

10. La consécration d'un droit pénal spécial. Le droit pénal de l'ennemi est par nature spécial, avec notamment la diminution des garanties offertes au justiciable, l'application du droit *ante delictum* et déconnectée d'une quelconque faute, ou encore l'augmentation disproportionnée de la gravité des peines⁴⁴. Une telle logique d'exceptionnalisation préside à l'ensemble des droits et législations antiterroristes⁴⁵. Or, les conditions d'application de la loi de 1914 s'avèrent elles aussi spécifiques puisque, comme le souligne Cassin, la portée de cet instrument se veut extraterritoriale et dérogatoire au principe de double incrimination :

ce qui est remarquable, c'est que la loi du 4 avril 1915 atteint le Français ou le protégé français même lorsque les actes prohibés ont été commis par eux en dehors de notre sol ou de celui des pays protégés. Pour eux l'acte est interdit, délictueux « en tous lieux », contrairement au droit commun de l'article 5 § 2 [du] Code instruction criminelle qui veut que le délit commis par un Français à l'étranger [ne] soit puni que si l'acte est puni par la loi étrangère ; ici,

⁴² L'article 77 du Code pénal se lisait comme suit : « Sera puni de la détention perpétuelle dans une enceinte fortifiée quiconque aura pratiqué des manoeuvres ou entretenu des intelligences avec les ennemis de la France et de ses alliés, à l'effet de fournir aux ennemis de secours en soldats, hommes, argent, vivres, armes ou munitions, ou de seconder le progrès de leurs armes, soit en ébranlant la fidélité des officiers, soldats, matelots ou autres envers le roi et l'État, soit de toute autre manière ».

⁴³ M. Delmas-Marty, « Comment sortir de l'impasse ? », RSC, 2010, p. 107.

⁴⁴ F. Muñoz Conde, « Le droit pénal international est-il un droit pénal de l'ennemi ? », RSC, 2009, p. 19.

⁴⁵ J. Alix, O. Cahn (dir), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Paris, Dalloz, 2017, 288 p.

les poursuites pourront être engagées sans qu'on ait à s'occuper de savoir si l'acte est punissable dans le pays où il a été commis⁴⁶.

Quant à la preuve (délicate) de l'intention de commerçer avec l'ennemi, le Ministère public a cherché à recourir à un jeu de présomptions, ce que lui autorisait déjà la mise en œuvre de l'article 78 du Code pénal (sanctionnant le crime de correspondance avec l'ennemi)⁴⁷. Cassin relève d'ailleurs qu'afin de faire face aux difficultés probatoires, certains États, tel l'Angleterre, ont publié des listes noires déterminant les entités étrangères avec lesquelles les nationaux avaient interdiction de traiter.

Ces mêmes « *black lists* » sont couramment utilisées aujourd'hui par le Conseil de sécurité des Nations Unies, des organisations régionales telle l'Union européenne voire les États de manière unilatérale, pour désigner l'ensemble des personnes physiques ou morales frappées par les sanctions déjà évoquées. Contrairement aux restitutions extraordinaires, détentions administratives et autres instruments parapénaux déployés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme⁴⁸, ces listes et plus généralement le droit antiterroriste adopté par les États européens font l'objet d'un contrôle juridictionnel⁴⁹, qui ne remet toutefois pas en cause la logique subversive de ce droit pénal de la dangerosité⁵⁰. En l'occurrence, les violations de la loi de 1914 pouvaient aussi, comme le note Cassin, relever soit de la compétence des tribunaux correctionnels, soit de celle des conseils de guerre en vertu de la loi du 8 août 1849 sur l'état de siège⁵¹.

11. L'État confronté aux mutations de la conflictualité et à la nécessaire évolution des catégories juridiques. Pour Eugenio Raúl Zaffaroni, « [d]ans un État de droit, il n'y a que des délinquants⁵² » et non des ennemis. Cette affirmation est

⁴⁶ Cours de R. Cassin, 6^e leçon, p. 207.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 209.

⁴⁸ M. Donini, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », RSC, 2009, p. 31.

⁴⁹ H. Labayle, R. Mehdi, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les *black lists* de l'Union dans le prétoire de la Cour de Justice », RTDE, 2009/2, p. 231-265.

⁵⁰ En ce sens, G. Giudicelli-Delage, *op. cit.*

⁵¹ Cours de R. Cassin, 6^e leçon, p. 211.

⁵² E.R. Zaffaroni, « Dans un État de droit, il n'y a que des délinquants », RSC, 2009, p. 43.

rigoureusement exacte dès lors que ledit État est en paix et qu'il est tenu, dans la mise en œuvre de son droit commun et de la préservation de l'ordre public, de respecter le droit international voire régional des droits de l'homme.

Par son influence subversive, le terrorisme a toutefois conduit à brouiller et diluer les catégories juridiques dans tous les ordres juridiques, et toutes les branches du droit⁵³. Il a contribué, avec d'autres facteurs (progrès des technologies, techniques de *lawfare* et de désinformation, intervention d'acteurs non étatiques, etc.), à la mutation de la conflictualité, sous forme d'une déspatialisation et d'une détemporalisation des conflits armés⁵⁴, ainsi qu'à la contamination de la paix par une logique guerrière (des *little green men* en Ukraine, au rôle des influenceurs dans la crise franco-algérienne actuelle). Face aux risques divers (sécuritaire, sanitaire, environnemental, etc.), les États se fient aux valeurs préventive et expressive du droit pénal, dont l'avenir dira s'il forme un rempart efficace ou bien une « ligne Maginot »⁵⁵ pour protéger l'intégrité des sociétés.

⁵³ D'innombrables ouvrages et articles ont été consacrés aux mutations des droits du fait de la lutte contre le terrorisme, outre les références déjà visées dans ces notes ; voir par exemple M.J. Glennon, S. Sur, *Terrorisme et droit international*, Académie de droit international, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 813 p. ; C. Lazerges, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016, p. 649 ; et J. Alix « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC*, 2017, p. 845.

⁵⁴ Voir notamment O. de Frouville, S. Touzé (dir.), *70 ans après l'adoption des conventions de Genève : le droit international humanitaire confronté à de nouveaux défis*, Paris, Pedone, 2022, 258 p.

⁵⁵ J. Pradel, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.*, 2008, Chron. 1000, p. 1012.