« *ET CEPENDANT ON A LE DROIT DE L'ÉTRANGLER…* » :

LA COMPATIBILITÉ ENTRE NÉCESSITARISME ET DROIT PÉNAL CHEZ SPINOZA ET KELSEN, ET LA QUESTION DE LA PEINE DE MORT

« – On est forcé de pécher aussi ?
– On n'est pas absolument forcé.
On n'peut pas s'en empêcher. Et Il le sait.
Mais on peut souffrir. Et Il sait cela aussi »
William Faulkner

Le propos de cet article est d'examiner, par le biais d'un échange entre Spinoza et son correspondant le plus assidu, Henri Oldenburg, une objection de bon sens que l'on adresse au nécessitarisme en général, et à Spinoza en particulier, lorsqu'on aborde la question pénale : *de quel droit peut-on accuser – et punir – celui qui pèche alors que, par hypothèse, il s'est trouvé déterminé dans sa conduite par le jeu de causes nécessaires ?*[1] La qualité des réponses fournies par Spinoza, qui ne néglige aucun des aspects (théologique, moral, pénal) du problème soulevé par son correspondant, atteste de la pertinence d'un tel débat, dans et hors des cadres du spinozisme. Hans Kelsen, qui incline lui-même au déterminisme, insiste d'ailleurs dans la *Théorie pure du*

---

[1] *Lettre LXXVII d'Oldenburg à Spinoza*, 14 jan. 1676. La correspondance comme les autres œuvres de Spinoza seront citées dans la traduction Appuhn parue aux éditions Garnier Flammarion, Paris, 1965-1966. « Si, dans toutes nos actions, dans celles qui sont morales comme dans celles que commande la nature, nous sommes, nous autres hommes, dans le pouvoir de Dieu comme l'argile dans la main du potier, *de quel droit l'un de nous peut-il être accusé pour avoir agi de telle façon ou de telle autre, alors qu'il lui était de toute impossibilité d'agir autrement ?* » (p. 345, nous soulignons).

droit sur « l'antithèse entre la nécessité qui règne dans la nature et la liberté qui existe à l'intérieur de la société, et qui est essentielle pour les relations normatives des hommes »[2].

La question de la compatibilité entre nécessitarisme et système pénal se pose si on considère l'apparent détachement avec lequel Spinoza évoque le châtiment suprême :

> Qui [...] ne peut gouverner ses désirs, ni les contenir par la crainte des lois, bien qu'il doive être excusé en raison de sa faiblesse, [...] périt nécessairement[3].

Qu'un homme vienne à en tuer un autre, il est tout excusé ; mais il est dangereux, et comme tel il doit mourir. N'est-ce pas prêter le flanc aux objections traditionnelles, qui voient dans la promotion du nécessitarisme la forme conjuguée d'un mépris pour la personne humaine ravalée au rang de bête[4], et d'un fatalisme pratique doublés d'une insensibilité foncière à l'égard du sort du criminel ?

Commençons par faire observer que Spinoza, pas plus que son prédécesseur Hobbes, ne s'intéresse directement et en tant que telle à la peine de mort. Il ne s'y déclare pas opposé, mais on chercherait en vain une justification solide de cette pratique dans son œuvre. Tout au plus rencontrera-t-on dans *l'Ethique* un curieux exemple, qui paraît plutôt relever de l'association d'idées :

> Le malade absorbe ce qu'il a en aversion par peur de la mort ; le valide tire satisfaction de la nourriture et jouit ainsi de la vie mieux que s'il avait peur de la mort et désirât l'écarter directement. De même un juge qui, non par Haine ou Colère, etc., mais par seul Amour du salut public, condamne un coupable à mort, est conduit par la seule Raison[5].

---

2 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit,* §23, Seconde édition, Paris, Dalloz, 1962, p. 99.

3 *Lettre LXXVIII à Oldenburg*, 16 jan. 1676, p. 347.

4 Cf. *Lettre XXI à Blyenbergh*, 28 jan. 1665 p. 204.

5 *Ethique* IV, 63, cor. scolie.

Malgré la portée limitée de l'exemple, il nous faut admettre qu'un juge puisse prononcer une sentence de mort « par Amour du Salut public » et inspiré « par la seule Raison » : mais l'Amour n'exclut-il pas de viser un mal ? Il faudra donc conclure que, de deux maux, on choisira le moindre et que, pour Spinoza comme pour Hobbes, le problème aura déjà été tranché dans la *République,* lorsque Socrate conclut que « ce n'est jamais au mal que tend la punition imposée par la loi »[6].

Nous montrerons, avec l'appui de Kelsen, que les reproches adressés au déterminisme et à sa variante radicale, le nécessitarisme, sont infondés, quoique Spinoza ne se soit pas véritablement donné les moyens d'y répondre, pour n'avoir pas consacré assez d'attention aux rapports du naturel et de l'institué en matière de droit. Nous montrerons que ce système n'hypothèque en rien l'idée de responsabilité humaine, et ne nous conduit pas à traiter les hommes « comme des chiens », selon le mot de Hegel, mais qu'en revanche il nous permet de faire l'économie de toute justification métaphysique de la peine infligée au criminel. Ainsi, *a contrario,* la plus métaphysique des affirmations est bien celle, conforme au sens commun, qui fait de l'homme un sujet libre et donc responsable du sort qui lui échoit, trahissant l'idée selon laquelle, au fond, le monde est juste, que les hommes de bonne volonté sont récompensés de leurs efforts, tandis que les méchants sont confondus et punis.

De quel droit...?

Autant Spinoza a beau jeu de montrer que de ses positions critiques sur les idées de possible, de perfection et de mérite, ou sur les « idées générales »[7], découle une éthique de l'apaisement, de la distance sereine à l'égard des turpitudes humaines[8], autant les nécessités de la justice pénale n'autorisent pas de « laisser

---

6 Platon, *République* IX, 855a.

7 *Lettre XIX à Blyenbergh,* 3 jan. 1665, p. 184 (« Dieu ne connaît pas les choses abstraitement ») ; *Ethique* IV, Préface.

8 Lettre XXX à Oldenburg, 1665, p. 232.

chacun vivre selon sa complexion et [consentir] que ceux qui le veulent, meurent pour ce qu'ils croient être leur bien »[9]. Toute pratique pénale implique une idée préalable du bien, du moins du juste, en tout cas du légal – bref, de ce que le positivisme appelle une « norme ». Son problème n'est ni celui, métaphysique, de *l'excuse,* ni celui, moral, du *consentement,* mais celui, procédural, de *l'accusation et du châtiment.* En l'occurrence, la « nécessité » qu'invoque Spinoza dans sa réponse ne saurait être prise au sens de nécessité naturelle (celle qui fait de la déraison « le supplice de l'insensé »[10]), mais bien des « *nécessités* » ou *besoins* de la répression. Comme l'écrit Kelsen, la peine « n'est pas causée par le non-respect du droit de la même manière que la dilatation du métal par la source de chaleur »[11]. Or, qu'est-ce qui fonde l'accusation et la sanction, sinon l'idée que le délinquant *pouvait s'abstenir* de l'acte incriminé ? Oldendurg demande ainsi :

> De quel droit l'un de nous peut-il être accusé pour avoir agi de telle façon ou de telle autre, alors qu'il lui était de toute impossibilité d'agir autrement ? N'est-ce pas Dieu seul que nous pouvons accuser : Ton destin inflexible, ton pouvoir irrésistible nous a entraînés à agir de cette façon et nous ne pouvions faire autrement. Pourquoi donc, et de quel droit nous accables-tu des peines les plus sévères ? [...] Les hommes sont entièrement excusables parce qu'ils sont au pouvoir de Dieu.

À quoi Spinoza répond :

> Les hommes, en effet, peuvent être excusables et néanmoins privés de la béatitude et souffrir des tourments de bien des sortes. Un cheval est excusable d'être cheval et non homme. Qui devient enragé par la morsure d'un chien, doit être excusé à la vérité et cependant on a le droit de l'étrangler. Et qui, enfin, ne peut gouverner ses désirs, ni les contenir

---

9 *Ibidem.*

10 *Traité théologico-politique*, chap. IV, p. 95.

11 Kelsen, « Qu'est-ce que la Théorie pure du droit ? » (1953), trad. fr. in *Droit et Société,* 22 (1992), p. 553.

> par la crainte des lois, bien qu'il doive être excusé en raison de sa faiblesse, ne peut cependant jouir de la paix de l'âme, de la connaissance et de l'amour de Dieu, mais périt nécessairement.

Une rapide comparaison des deux textes révèle l'importance d'un couple notionnel qui condense toutes les difficultés de la position spinoziste : *excuser* et *accuser.* Ces termes sont complémentaires, mais ne se situent pas tout à fait sur le même plan : le premier est principalement *moral* (il n'est pas synonyme de *disculper*), tandis que le second possède en outre le sens *juridique* qu'on lui connaît. Accuser, c'est *mettre en cause* ; excuser, c'est *mettre hors de cause :* entre les deux, c'est l'hypothèse de la *responsabilité* qui vient trancher, et justifier le recours à la sanction. Le paradoxe de la réponse de Spinoza tient au fait que disparaît le terme d'accusation, comme si l'auteur s'en trouvait embarrassé, alors qu'il insiste lui-même sur le problème posé en aval par le châtiment, là où *in fine* la question d'Oldenburg l'invitait plutôt à revenir sur le plan théologique. Ainsi, il semble ne pas se préoccuper de la *mise en cause* et passer sans médiation (autre que celle de la dangerosité) de l'acte délictueux au châtiment.

La comparaison des deux passages témoigne toutefois d'un consensus sur les questions qui se posent au nécessitarisme, qui interroge en effet : 1. *la justice de Dieu* (Dieu permet-il ou cause-t-il le péché, et donc la peine que reçoit le pécheur ?) ; 2. *la définition de la liberté* (le nécessitarisme peut-il produire un concept opératoire de la *responsabilité* compatible avec les exigences du droit pénal ?) ; 3. *l'idée de personne,* à laquelle seraient attachés des droits, notamment celui d'être traité comme tel plutôt que comme un chien, enragé ou non.

Dieu fabrique-t-il des criminels ?

Tout d'abord, il faut bien entendre la portée de la plainte qu'adresse l'homme malade ou faible à son créateur, comme le vase d'opprobre au potier[12] – ou, ici, du criminel à celui qui a dû

[12] *Lettre LXXV*, p. 339 ; *Traité politique*, chap. II, §22.

guider sa main et le met ensuite en accusation face à la société : « Pourquoi donc, et de quel droit nous accables-tu des peines les plus sévères ? ». N'y a-t-il pas injustice à ce que celui qui a été fait « pour l'opprobre » ait à subir non seulement la nécessité immanente de Dieu qui condamne le fou ou le malade au malheur, mais bien la justice des hommes *qui ajoute au malheur immanent au crime celui d'une mise en accusation et d'une sanction ?* Sans doute personne ne « mérite » de vivre telle vie plutôt que telle autre (on peut admettre avec Spinoza que la question est sans objet), mais « mérite-t-on » qu'elle se termine plus ou moins tôt – mérite-t-on sa mort quand c'est la société elle-même qui, pour se défendre, la précipite ? Citant les Proverbes, Spinoza écrit que « l'entendement donne directement la durée des jours, indirectement les richesses et l'honneur »[13]. Doit-on penser que l'empire des passions donne « directement » la mort, et « indirectement » la pauvreté et l'opprobre devant la société ? Spinoza chercherait-il à justifier la peine que subit le criminel, la Cité devenant alors l'agent d'une hypothétique justice divine, lui qui est pourtant si critique à l'égard de l'idée de théodicée, comme des pratiques de la justice humaine, toujours plus dure aux faibles et trop indulgente aux puissants ?[14].

Remarquons d'abord que le droit pénal n'a sans doute que faire de la métaphysique, et que seule lui suffit la mise en évidence d'un mouvement de la volonté qui fait d'un homme un criminel et justifie sa mort ou sa réclusion. On rencontrera d'ailleurs chez un autre tenant du nécessitarisme classique, Hobbes, un texte parfaitement explicite sur la question :

> Au cinquième argument tiré de la raison, qui est que si l'on ôte la liberté, on ôte la nature et la raison formelle du péché, je réponds en niant la conséquence : la nature du péché consiste en ceci, que l'action commise procède de notre volonté et va à l'encontre de la loi. En jugeant si ce qui enfreint la loi est péché ou non, un juge ne considère pas de cause plus élevée de l'action que la volonté de son

---

13 *Traité théologico-politique*, chap. IV, p. 95.

14 Cf. *Traité politique*, chap. VII, §27.

> auteur. [...] Ainsi une action peut-elle être volontaire et constituer un péché, et, néanmoins, être nécessaire ; et, parce qu'il est loisible à Dieu d'affliger les hommes en vertu d'un droit tiré de son omnipotence, quand même il n'y aurait nul péché, et parce que, cependant, l'exemple du châtiment, auprès des pécheurs volontaires, est la cause qui produit la justice et rend le péché moins fréquent, que Dieu punisse de tel pécheurs, comme je l'ai déjà dit, n'est point injuste[15].

Dans le contexte spécifique de la pensée de Hobbes, la peine qui frappe le criminel déterminé à enfreindre la loi se trouve justifiée par la toute-puissance de Dieu d'une part, et par l'exemplarité de l'autre – une exemplarité d'autant plus efficace, ajoutera-t-on, que les motifs sensibles devront agir de façon *nécessaire* dans la mécanique des passions humaines. Le problème est bien celui de la *justice de la peine* et en amont, celui de la justice *de l'état même du criminel.* Or, la peine subie par le criminel est justifiée en tant qu'élément parmi d'autres qui forment la vie d'un individu : pas plus que d'être boiteux ou malheureux au jeu, un homme ne peut se plaindre de son sort s'il commet l'irréparable et doit subir le châtiment suprême, puisqu'il n'existe qu'une nuance de perspective entre *ce que nous accomplissons* et *ce qui nous arrive*. On trouve donc ici la liste quasi exhaustive des thèses dont Kant ou Hegel feront reproche à leurs prédécesseurs : traiter l'homme en pur être sensible (« [Cette théorie] fonde la peine à la manière d'un maître qui agite un bâton devant son chien et l'homme n'y est pas traité selon sa dignité et sa liberté, mais comme un chien », écrit Hegel[16]) ; instrumentaliser la peine en vue d'une hypothétique exemplarité[17] ; nier la volonté humaine en tant qu'origine première et absolue de l'action ; enfin, poser le problème de la justice de façon extrinsèque au droit lui-même[18].

---

15 Hobbes, *Questions concernant la nécessité, la liberté et le hasard*, n°XVII, Paris, Vrin, 1999, p. 234-235.

16 Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, §99, add.

17 Kant, *Métaphysique des mœurs*, II, Doctrine du droit, §49.

18 Kant, *Critique de la raison pratique*, I, §8.

Hobbes cherchera bien à justifier la peine par rapport à la *liberté de l'action :* compte tenu de la définition pour le moins personnelle qu'il donne de la liberté (par la seule absence de contrainte physique), le système pénal est sauf puisqu'il faut et suffit que *l'action incriminée soit déclarée libre et non contrainte* pour que le criminel reçoive sa peine (« le juge ne considère pas de cause plus élevée de l'action que la volonté de son auteur »). Spinoza, en refusant cette définition réductrice et artificielle de la liberté pour lui donner une portée substantielle, ne se facilite pas la tâche : rien en effet de ce qui témoigne en nous d'une faiblesse ne saurait être l'effet d'une « liberté, du moins pour qui ne confond pas liberté et contingence »[19]. Ainsi, ce n'est pas un concept même affaibli de la liberté qui permet de sauver le système pénal, ni de distinguer les hommes faits des enfants, des fous et des ivrognes, car on ne peut rendre commensurables la liberté, qui est une perfection, et le crime, qui en tant qu'il comprend l'idée d'un mal, n'est qu'une privation et donc rien d'autre qu'une façon de parler tout humaine[20]. Enfin, on remarquera que Spinoza, à la différence de Hobbes, ne tire pas argument de la toute-puissance divine pour justifier le sort qui échoit au criminel. L'image du potier et de son ouvrage a donc moins pour fonction de marquer notre dépendance à l'égard de Dieu, que de mettre en évidence l'anthropomorphisme dans lequel baigne notre idée spontanée de la justice, préjugé que Kelsen lui-même renvoie à un mode de pensée « primitif »[21].

De quelle liberté créditer le criminel ?

Une fausse objection doit être écartée d'emblée : celle qui ferait de la justice pénale une mécanique aveugle dès lors qu'on adopterait la doctrine de la nécessité. Comme l'explique Spinoza, « On ne naît pas citoyen mais on le devient »[22], ce qui signifie aussi

---

19 *Traité politique II*, §7.

20 *Lettre XXIII à Blyenbergh*, p. 219.

21 *Théorie pure du droit*, §19.

22 *Traité politique V*, §2.

qu'*on ne naît pas bon* ou *mauvais citoyen*, honnête ou criminel, et qu'il n'est jamais exclu que le délinquant devienne un jour bon citoyen. Il faut donc renverser la proposition : c'est bien parce que la peine est conçue comme une *causalité qui s'exerce sur la sensibilité, l'imagination et peut-être l'entendement du délinquant*, qu'elle est un moyen rationnel au service d'une fin qu'il revient à la fois au législateur et au juge de fixer. Pour qui ne confond pas nécessité et fatalité, le libre arbitre n'ajoute aucune valeur morale au châtiment, et on n'insistera jamais assez sur le fait que le système de la nécessité est la meilleure arme contre les doctrinaires du mauvais cœur, qui pensent que le Mal est une grandeur (sur-)naturelle qu'il s'agirait d'extirper par le châtiment. Enfin, Kant, parce qu'il refusait tout principe d'individualisation de la peine au motif d'amélioration morale du délinquant[23], ne se condamnait-il pas à penser une peine nécessairement *mécanique dans son application* ?

Il n'est jamais inutile de mettre en perspective le choix des exemples pris par Spinoza dès lors qu'il aborde de près ou de loin la question du libre arbitre : il semble toujours éprouver un malin plaisir à aller chercher les exemples les plus improbables – les pierres, les rats, les ivrognes, les nourrissons, les fous, les chevaux... et ici-même l'homme atteint par la rage. Quelle est alors la portée réelle de l'exemple ? N'aurait-il été choisi que pour permettre à l'auteur de délivrer cette sentence provocatrice : « on a le droit de l'étrangler ».

Mais d'abord, peut-on dire qui est le criminel, dans le système de Spinoza ? Le criminel, si on excepte bien sûr tous ceux qui sont persécutés par des lois scélérates, et qui peuvent être des âmes fortes comme des exaltés[24], c'est celui qui, passif devant son environnement, se trouve vaincu par les causes extérieures, en particulier socio-économiques :

---

23 Cf. Kant, *Doctrine du Droit*, §49.

24 Cf. *Traité théologico-politique*, chap. XX, p. 333 ; *Lettre LXXVI à Burgh*, p. 342.

> Nul n'ignore à quels crimes le dégoût de leur condition présente et le désir de changement, la colère sans retenue, le mépris de la pauvreté poussent les hommes[25].

Le délinquant ne se distingue alors que superficiellement du citoyen obéissant, lui aussi vaincu par ses passions, mais rendu moins téméraire par la crainte des lois. En revanche, tous deux s'opposent au sage ou généralement à l'homme animé d'une grande « fermeté d'âme », qui à proprement parler *n'obéissent pas*[26], c'est-à-dire ne se soumettent pas aux lois mais les respectent en tant qu'elles sont utiles, sinon toujours justes. La plupart des hommes, en effet, « sont à peu près incapables de percevoir la vraie fin des lois », si bien que le rôle du législateur consiste tout bonnement à « contenir le vulgaire dans la mesure où il est possible de le faire, comme on contient un cheval à l'aide d'un frein »[27]. Le droit pénal n'est que le dispositif qui prévoit par avance l'échec de la loi, ou plutôt l'échec des hommes à comprendre la loi pour ce qu'elle est et ce qu'elle vise : le bien commun. Le thème spinoziste des hommes « vivant sous le régime des passions » vise donc à la fois leur caractère *irrationnel sur le plan cognitif* (ils ne voient pas la nécessité exprimée par la loi, lorsqu'elle favorise la sociabilité et l'entente entre les citoyens, ni les effets indésirables, individuels comme collectifs, de sa transgression) et *déraisonnable sur le plan psychologique,* puisque dans la plupart des cas celui qui se rend coupable d'un crime agit contre son intérêt et sa propre sécurité à plus ou moins long terme.

La discussion du « cas Adam » par Spinoza[28] illustre parfaitement ce double rapport possible de l'homme à la loi, rapport qui ne peut qu'être de deux ordres : soit la loi exprime une vérité sous la forme d'une *nécessité hypothétique* ; soit elle énonce une *menace.* « Dieu a révélé à Adam le mal qui serait pour lui la

---

25 *Traité théologico-politique*, chap. XVII, p. 280.

26 *Traité théologico-politique*, chap. IV, p. 87 et V, p. 107.

27 *Traité théologico-politique*, chap. IV, pp. 86-87.

28 Cf. *Lettre XIX à Blyenbergh*, p. 183-184 ; *Traité théologico-politique*, chap. IV, p. 91 ; Traité politique, chap. II, §6.

conséquence nécessaire de cette manducation, mais non la nécessité de la conséquence de ce mal »[29], afin « d'augmenter sa connaissance et par là même sa perfection »[30]. La difficulté tient au fait que le bon gouvernement des hommes suppose le va-et-vient permanent entre le formalisme juridique, qui s'exprime sous les espèces de la nécessité hypothétique (« Si quelqu'un a commis un crime, il doit être puni »), et la menace empirique de la sanction, qui ne peut que promettre un incertain « si tu fais ceci, alors il risque de t'arriver cela », puisque le crime reste parfois impuni. « La possibilité pour le droit de régler positivement la conduite humaine est techniquement limitée »[31], écrit Kelsen, et « en fait, il arrive souvent qu'un délit est commis sans que la sanction instituée par l'ordre juridique se réalise »[32]. Il ne faut pas confondre le « principe de causalité dans une loi naturelle concrète »[33], sur lequel on s'appuie pour formuler la *menace* « qu'un mal *sera infligé* », et le « principe d'imputation », qui fonde la norme énonçant « qu'un mal *doit être* infligé » en cas de transgression[34]. La nécessité naturelle, et son correspond pratique, la menace, seraient les sensibles propres de l'entendement et de la prudence. Le « principe d'imputation » fonde au contraire les propositions morales (« Si quelqu'un t'a fait du bien, tu dois lui prouver ta reconnaissance ») comme juridiques.

La discussion des rapports entre nécessité naturelle et ordre juridique est un problème ancien chez Kelsen, qui tient autant à sa critique de l'idée jusnaturaliste qu'à son intérêt marqué pour la sociologie et les questions d'ontologie du corps social[35]. Or, la comparaison entre Spinoza et Kelsen révèle ce qu'on pourrait

---

29 *Traité théologico-politique*, IV, p. 91.

30 *Lettre XIX à Blyenbergh*, p. 185.

31 *Théorie pure du droit*, §6, p. 51.

32 *Théorie pure du droit*, §18, p. 87.

33 *Théorie pure du droit*, §22, p. 98.

34 *Théorie pure du droit*, §6, p. 52.

35 Cf. Kelsen, « La Notion d'État et la psychologie sociale » (1922), trad. fr. in *Hermès*, 1988-2, p. 134-165.

appeler un « positivisme hésitant » de la part du premier, sans doute lié à son refus inconditionnel d'accepter la fiction du Dieu « législateur », sans chercher pour autant à reconstruire une notion alternative de la norme positive. Certes, il distingue les deux acceptions de la loi, en loi naturelle et « commandement humain », ou « règle de vie que l'homme s'impose à lui-même ou impose à d'autres *pour une fin quelconque* »[36]. Mais Spinoza, tout à son inlassable dénonciation des illusions téléologiques, se contente de poser que la loi de nature enveloppe la loi juridique, comme la Cité enveloppe chacun de ses décrets. Le fait que le philosophe esquive la partie de la question portant sur l'accusation et ce qui la fonde est le signe, selon nous, des limites de sa réflexion sur les rapports pouvant exister entre droit de nature et droit positif.

Kelsen, quant à lui, met un point d'honneur à résoudre le problème posé par la contradiction apparente du déterminisme et de la normativité. Sur le plan pur du droit, c'est *l'acte* et non la *personne* que la loi vient sanctionner[37] : ceci a son importance car Kelsen en tire l'idée que les normes peuvent être considérées comme *causes de nos actes* (ou de notre volonté, entendue comme cause prochaine de nos actes). *Normativité et causalité ne s'excluent donc pas,* et il faut critiquer la fiction kantienne du « comme si »[38] et l'opposition corrélative entre obligation et détermination. L'homme est le seul être susceptible d'être affecté et déterminé dans sa volonté et sa conduite par l'idée d'une norme et des conséquences éventuelles de sa transgression, et c'est pour cela qu'on lui impute une responsabilité juridique et morale[39]. « On n'impute pas à l'homme parce qu'il est libre, mais l'homme est libre parce qu'on lui impute »[40]. Autrement dit, l'homme n'est pas libre *face à la loi,* mais *dans le droit* et plus encore *par le droit*[41] *:* « Que l'homme

---

36 *Traité théologico-politique,* IV, p. 86 (nous soulignons).

37 *Théorie pure du droit*, §33, p. 170.

38 *Théorie pure du droit,* §23, p. 102-103, et la longue note 24, p. 106-108.

39 *Ibid.,* p. 104.

40 *Ibid.,* p. 106.

41 *Théorie pure du droit*, §33, p. 171-172.

soumis à un ordre moral ou à un ordre juridique soit « libre », cela signifie qu'il est le point final d'une imputation, qui n'est possible que sur la base et en vertu de cet ordre normatif »[42]. De la même façon, l'homme convaincu d'un crime n'est pas puni *parce qu'il est coupable,* mais on l'accuse à bon droit parce qu'à telle action se trouve attachée une sanction déterminée[43].

Kelsen nous permet aussi de mesurer les imprécisions commises par Spinoza, ou du moins les limites de son exemple provocateur : il ne distingue pas entre les deux actes de contrainte, qui s'appliquent respectivement à des actions ou abstentions déterminées, et au cas de « ceux qui sont tenus pour nuisibles » parce qu'ils sont « atteints d'une maladie contagieuse », ou encore « en raison de leur race, de leurs opinions politiques, ou de leurs convictions religieuses », cas qui n'impliquent aucune notion de responsabilité[44]. C'est un problème davantage propre au positivisme de Kelsen (qui exclut toute théorie de la vertu) qu'au spinozisme, que d'avoir à décider jusqu'à quel point le malade contagieux et le dissident (même contagieux) peuvent relever de la même catégorie.

Le droit de la personne

La dernière objection revient à affirmer que le concept de personne s'évanouit dans le nécessitarisme, ce manque entraînant l'impossibilité d'opposer des droits (naturels) subjectifs à la souveraineté absolue de l'État. C'est à ce motif qu'Arendt croit bon de pouvoir contester à Spinoza son rang de champion de la liberté d'expression[45] : puisque la « liberté de la nature humaine »[46] est une donnée de fait et un principe ontologique, et non une norme, celle-ci ne saurait fonder la dignité de la personne ni de la communauté politique, ni servir de limite et de garantie à l'application

---

42 *Théorie pure du droit*, §23, p. 101.

43 *Théorie pure du droit*, §27, p. 120.

44 *Ibid.*, p. 117.

45 Hannah Arendt, « Vérité et Politique », in *La Crise de la culture,* Paris, Gallimard, 1972, p. 298.

46 *Traité politique IV*, §5.

du droit pénal. Le droit propre de la Cité enveloppe en effet le droit de nature de chaque citoyen[47].

Certes, s'il n'est pas question d'une défense de la Raison d'État chez Spinoza (ce serait bien mal interpréter la formule selon laquelle « il n'y a pas de loi plus haute que sa propre sécurité »), reconnaissons qu'on ne trouve chez lui aucune tentative de transposition des principes, par exemple, de la *Magna carta* – l'*Habeas Corpus Act* ne sera publié qu'en 1679, deux ans après la mort du philosophe. Spinoza se soucie bien des formes juridiques, du statut des juges et des questions de procédure (avec, en particulier, une condamnation de la torture)[48], mais il est évident qu'il comprend d'abord le droit pénal comme l'une des causes, certainement pas la plus puissante, capable d'agir sur les comportements humains (parce que les hommes agissent davantage par la vertu des affections présentes que des menaces hypothétiques[49]). Le droit, comme le dit Kelsen, est d'abord une « technique sociale spécifique »[50], l'instrument artificiel de la sociabilité.

On conclut que l'unique fondement de la peine est bien le droit (de punir) de la Cité, fondé sur sa puissance et son « utile propre », et non sur la faute même du criminel en tant qu'elle « mériterait » sanction. Ce n'est pas donc pas la liberté (mal employée) du criminel qui est cause de sa punition, mais au contraire la liberté de la Cité, autrement dit sa puissance, de le punir parce qu'il s'est montré désobéissant, c'est-à-dire nuisible. La Cité a donc droit de vie et de mort sur les citoyens dans la mesure où ceux-ci n'ont de fait pas la puissance de vivre de façon indépendante.

Ce qui fonde l'unité de la personne est alors d'ordre essentiellement cognitif, chez Spinoza, comme il sied à une philosophie qui fait l'économie de l'idée de volonté, et Kelsen montre qu'il comprend la liberté en un sens que ne renierait pas le premier : l'homme est un être libre *dans la mesure* où il est capable

---

47 *Ethique* IV, 37, scolie 2.

48 Cf. *Traité politique,* chap. VI, §§26 et suivants ; VIII, §§37 et suivants.

49 *Ethique* IV, 9, corollaire.

50 Kelsen, « Qu'est-ce que la Théorie pure du droit », article cité, p. 561.

d'intellection, de se déterminer par rapport à des contenus de connaissance, et pas seulement de réagir à des *images*. L'animal, le nourrisson ou l'idiot ne sont pas susceptibles de liberté, parce qu'ils ne peuvent se déterminer par le truchement d'un contenu normatif qu'ils ne comprennent pas ; mais il est parfaitement trompeur de confondre *l'image* du bâton qu'on agite, et la *proclamation d'une norme* qui interdit, quand même elle inclurait la menace du bâton. Il y a ainsi à la fois continuité et rupture entre le chien qui craint le bâton (autrement dit qui se détermine de façon extrinsèque par l'effet conjugué de sa mémoire et de la menace de son maître), et l'homme capable de se déterminer en lui-même par la seule considération de la loi.

Ainsi, dans l'esprit du spinozisme, on pourra dire que c'est, malgré la capacité supposée d'un homme à comprendre ce qu'il a le droit ou non de faire, son échec à traduire les implications causales contenues dans la loi en une conduite conforme, qui fait qu'on peut lui imputer ce crime. Or, compte tenu du fait qu'un tel échec est nécessairement lié, pour Spinoza, à une vie placée sous le règne des passions et donc de « l'ordre commun de la Nature », on peut dire que le criminel est puni *parce qu'il n'a pas été le premier et unique terme de l'imputation,* parce qu'il a été déterminé de façon extrinsèque et non par la raison. *De ce point de vue, sa folie est bien sa propre peine, et le châtiment la source indirecte de celle-ci.*

Il n'est pas besoin de présupposer une unité de la personne fondée sur une conscience morale ou l'exercice d'une volonté libre pour penser l'effectivité de l'ordre normatif. Au contraire, l'efficacité de celui-ci consiste en sa capacité à « déterminer la volonté des hommes à adopter une conduite conforme à ces normes »[51]. L'unité du sujet de droit est bien un problème de conscience, mais au sens cognitif du terme[52] ; il faut et il suffit qu'un individu soit capable de comprendre le sens d'une norme pour qu'on puisse lui imputer la transgression de cette norme – mais pas l'en « *accuser* », au

---

[51] *Théorie pure du droit*, §23, p. 102.

[52] *Ibid.*, p. 105.

sens moral et métaphysique que peut revêtir ce terme. S'il est besoin d'une présupposition, celle-ci ne porte donc pas sur la « fiction superflue » du libre-arbitre[53], mais sur un concept pratique du justiciable : « Les ordres juridiques modernes présupposent un type d'homme moyen et un type moyen de circonstances extérieures dans lesquelles les hommes agissent, en vertu des causes qui les déterminent »[54].

La question que posait Oldenburg attendait une réponse convenue : le criminel *méritant sa peine*, entraîne non seulement un *droit* mais un *devoir* de le punir, correspondant éventuellement au droit subjectif de la victime d'obtenir réparation. C'est aussi le droit subjectif du criminel, lié à un mauvais usage de sa liberté, qui serait le déclencheur de la sanction et le miroir du droit objectif de punir émanant de l'ordre juridique lui-même. Kelsen montre que la réciprocité entre droit objectif et droit subjectif est une illusion[55], puisqu'en définitive tout droit se trouve fondé dans le système de contrainte de l'ordre juridique, c'est-à-dire de l'Etat. « En dernière analyse la détermination juridique émane précisément de ce droit objectif, et non du sujet de droit qui lui est soumis », écrit Kelsen[56]. Il donne ainsi des gages au courant marxiste, en rattachant explicitement « l'idéologie de la subjectivité juridique » à la défense bourgeoise de la propriété privée[57].

Certes, Kelsen maintient jusqu'au bout la positivité de la norme (le fondement de l'autorité n'étant pas la puissance de la Cité, mais une « norme fictive »[58]), et en cela se détache nettement de l'ontologie politique spinoziste, qui fait de la Cité l'unité d'un droit objectif et d'une puissance d'agir. Kelsen rappelle ainsi que « si [la Théorie pure du droit] conçoit le droit comme un

---

53 *Ibid.*, p. 103.

54 *Ibid.*, p. 105.

55 *Théorie pure du droit*, §§29, 33 ; *Théorie générale des normes*, chap. 33, Paris, Puf, 1996, p. 179.

56 *Théorie pure du droit*, §33, p. 172.

57 *Ibid.*, p. 172-173.

58 *Théorie générale des normes*, chap. 59, p. 342.

organisme, elle n'entend pas par là que le droit serait quelque entité supra-individuelle, supra-empirique et métaphysique – représentation derrière laquelle se dissimulent le plus souvent des postulats éthico-politiques »[59]. Toutefois, lorsque Spinoza avance que seule la puissance de la Cité fait droit, il devance certainement la critique qu'adressera Kelsen à ceux qui font de la liberté métaphysique de l'homme le fondement et l'occasion du droit pénal.

Des châtiments sans justification

Kelsen nous permet donc de répondre de façon renouvelée aux objections auxquelles Spinoza avait eu à répondre en son temps : l'accusation d'entraîner l'immoralisme[60] ; l'idée que « tout comprendre, c'est tout pardonner »[61]. La réponse favorite de Spinoza à ceux qui l'accusaient de tels paradoxes, consistait à les accuser en retour de confondre Dieu avec un Juge. Reprenons cette image, et nous pourrons ajouter que ce n'est pas le travail du juge qui exige l'idée de liberté, mais au contraire l'idée du Dieu-juge qui sert souvent à justifier le travail du juge et la justice des hommes.

La critique de la justification des peines chez Kelsen prend alors deux voies : souligner d'abord que la téléologie des peines n'affecte pas leur nature. « La peine de mort et les peines de privation de liberté restent les mêmes, que l'on vise en les établissant la prévention ou quelque autre fin »[62]. Enfin, rappeler la rupture entre le juridique et le moral, que l'on a tendance à oublier dès lors qu'on entre sur le terrain pénal : « Dans la doctrine traditionnelle domine l'idée que les notions de délit et de sanction impliqueraient un élément de valeur d'ordre moral, que le délit devrait nécessairement avoir quelque chose d'immoral, et la peine quelque chose d'infamant »[63]. Or, il ne faut donc pas confondre « le fait d'être blâmable pour une chose et le fait d'en être

---

59 *Kelsen, Théorie pure du droit*, §33, p. 190.

60 *Théorie pure du droit*, §23, p. 103.

61 *Ibid.*, p. 105.

62 *Théorie pure du droit*, §27, p. 118.

63 *Ibid.*, p. 120.

responsable, la question de savoir qui est l'auteur d'une action et celle de savoir qui doit en supporter les coûts »[64], c'est-à-dire les plans du *Sollen* et du *Sein*, ni introduire de la métaphysique en contrebande dans les questions pénales. La singularité de la position philosophique de Kelsen, entre kantisme et spinozisme, tient au fait que sa tentative de conciliation ne porte pas sur les rapports entre droit et morale (comment, par exemple, donner un sens au terme d'« obligation » qui puisse convenir aux deux champs ?[65]), mais sur les rapports entre norme et nécessité naturelle.

Céder à la tentation de *justifier* la pratique pénale est ainsi le péché originel de toute philosophie du droit. Il faut admettre une forme de fatalité dans la nécessité, pour l'Etat, de sanctionner des hommes du fait d'une faiblesse dont ils ne sont pas métaphysiquement responsables. « *Le positivisme marche main dans la main avec le relativisme* », écrit Kelsen[66], mais on n'en conclura pas pour autant que celui-ci se désintéresse de la peine de mort. Au contraire, c'est après avoir libéré le châtiment de toute considération métaphysique, que l'on pourra réfléchir sereinement, sur le terrain de la causalité, à la question de son *efficacité*, et redonner leur force – par exemple – aux arguments de Beccaria contre la peine capitale.

Kevin LADD
Université de Bourgogne

---

64 Jean-Fabien Spitz, *Abolir le hasard. Responsabilité individuelle et justice sociale*, Paris, Vrin, 2008, p. 352.

65 *Ibid.*, p. 125.

66 Kelsen, « Qu'est-ce que la Théorie pure du droit », article cité, p. 560.