

Jurisprudence

Revue critique

2015

Droit pénal et politique de l'ennemi

Sous la direction de Jean-François Dreuille

Nous proposons à nos lecteurs un numéro spécial consacré au droit pénal de l'ennemi. En 2012, *Jurisprudence - Revue critique* avait proposé un article consacré à la question. Son auteur, Jean-François Dreuille, en collaboration avec Jérôme Ferrand (université Pierre Mendès France, Grenoble) et Xavier Pin (université Jean Moulin, Lyon III), a organisé un colloque intitulé « Droit pénal et politique de l'ennemi » qui s'est tenu à Chambéry les 12 et 13 décembre 2013, avec le soutien du Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation (CDPPOC). Ce numéro contient les actes de ce colloque.

Les textes publiés offrent une analyse pluridisciplinaire du droit pénal de l'ennemi. Les linguistes, sociologues, historiens, philosophes et juristes qui ont répondu à l'appel à contribution croisent leur point de vue. Tout le champ conceptuel de ce modèle du droit pénal est traversé. Ce travail pluridisciplinaire est une invite à la réflexion critique. On entrevoit ainsi les concepts du droit pénal dans leur dimension idéologique. Ainsi analysé, le droit pénal de l'ennemi questionne les fondements du système pénal ; il questionne la constitution d'un savoir juridique. Voici, en somme, un travail qui « donne à penser ». Nous sommes heureux que les pages de *Jurisprudence – Revue critique* en soient l'intermédiaire.

Jurisprudence - Revue critique

SOMMAIRE

<i>Propos introductif</i> Jean-François Dreuille	7
PARTIE 1	
APPROCHE DE L'ENNEMI	13
Approche linguistique	15
<i>Diaboliser autrui : étude linguistique des représentations langagières de l'ennemi, du Moyen Âge au journal de 20 heures</i> Dominique Lagorgette.....	17
Approche sociologique	33
<i>La doctrine du « droit pénal de l'ennemi ». Linéaments d'une approche sociologique</i> Dominique Linhardt et Cédric Moreau de Bellaing	35
Approche historique	51
<i>Droit pénal et éradication de l'ennemi : le cas du III^e Reich</i> Johann Chapoutot	53
<i>Défendre la démocratie contre ses ennemis : légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale</i> Nathalie Le Bouëdec.....	59
<i>L'écrivain des Lumières comme figure de l'ennemi dans la France de Vichy</i> Pascale Pellerin	81
PARTIE 2	
PRÉSENCE DE L'ENNEMI	101
Présence nationale	103
<i>Droit pénal de l'ennemi - Pour prolonger la discussion...</i> Olivier Cahn.....	105

<i>Droit pénal de l'ennemi et anticipation</i> Jason Corroyer	131
Présence internationale	145
<i>Droit international pénal: un droit pénal contre l'ennemi</i> Damien Scalia.....	147
PARTIE 3	
L'ENNEMI: CONSTRUCTION ET DÉCONSTRUCTION	159
Construction de l'ennemi	161
<i>La République sécuritaire</i> <i>Menace ou ennemi? Le récidiviste au cœur de l'édifice pénal républicain.</i> <i>La loi du 27 mai 1885 ou la pérennité d'un débat entre savoir, politique et opinion publique</i> Martine Kaluszynski.....	163
<i>La biologisation du crime à la fin du XIX^e siècle: quelques enjeux et limites</i> Yves Cartuyvels.....	189
<i>Faut-il (vraiment) fouetter les apaches?</i> <i>Les errements de la répression de la jeunesse marginale à la charnière du XX^e siècle</i> Dominique Messineo.....	205
<i>L'application des peines entre ennemi, citoyen, menace et usager</i> Olivier Razac	227
Déconstruction de l'ennemi	235
<i>Répondre à la menace par la menace?</i> <i>La législation pénale dans les labyrinthes de l'hostilité</i> Kevin Ladd.....	237
<i>Hostilité et souveraineté: entre politique et droit</i> Laurent Chapuis	261
<i>La notion d'HOMO SACER est-elle à l'origine du droit pénal de l'ennemi?</i> Laurent Reverso	285
<i>Du bon choix des catégories en (théorie du) droit.</i> <i>Le contre-exemple du « droit pénal de l'ennemi »</i> Diane Bernard	295

RÉPONDRE À LA MENACE PAR LA MENACE ? LA LÉGISLATION PÉNALE DANS LES LABYRINTHES DE L'HOSTILITÉ*

KEVIN LADD**

*Pourquoi me tuez-vous ? – Et quoi !
Ne demeurez-vous pas de l'autre côté
de l'eau ?*
Pascal¹

Je souhaite présenter trois séries de réflexions dont le propos général est de montrer que s'il est impossible de *définir a priori* l'ennemi pour le distinguer du criminel, il est sans doute *souhaitable* de maintenir cette distinction sur des fondements autres que strictement conceptuels et déductifs. Celle-ci ne peut subsister qu'au prix d'un effort pour circonscrire drastiquement le recours aux notions de *menace* ou de *risque*, préconisation qui va à l'encontre d'un certain air du temps pénal². Si l'occasion de cette étude nous est fournie par les thèses de Günther Jakobs portant sur le « droit pénal de l'ennemi »³ et par

les récents débats qu'elles ont suscités⁴, remarquons que le sens commun lui-même n'établit pas de frontière nette entre ennemi et criminel (« *l'ennemi public* » mérite-t-il *vraiment* ce titre ?), et que ce problème de délimitation est ancien en philosophie, quoiqu'il ne recouvre pas nécessairement les difficultés qui sont celles de la science juridique⁵. Le juriste ne fait pas, tel M. Jourdain, de la métaphysique sans le savoir ; la philosophie est elle-même une pratique spécialisée, qui a ses objets propres, les concepts et leur analyse, et il lui faut bien reconnaître que les autres champs du savoir n'attendent pas son imprimatur. Comme le soulignait Bertrand Russell, « la philosophie n'est pas un chemin raccourci pour atteindre aux mêmes résultats que ceux que l'on poursuit dans d'autres sciences »⁶, la question étant réservée de savoir si la science du droit peut quant à elle nous aider à élucider le genre de problème que nous examinons⁷.

* Cet article est dédié à la mémoire de Yohann Vaquez (1977-2014), ami et militant, qui a toujours cru qu'un monde plus juste, plus libre et plus humain était à portée de main.

** Université de Bourgogne, Philosophie.

1 B. PASCAL, *Pensées*, §51, éd. Lafuma, Paris, Seuil, « L'Intégrale », 1963.

2 Cf. M. DELMAS-MARTY, « Libertés et sûreté. Les mutations de l'État de droit », *Revue de synthèse*, tome 130, 6^e série, n°3, 2009, pp. 465-491.

3 G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Revue des sciences criminelles*, vol. 33, 2009, n°1,

pp. 7-18.

4 Cf. J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence. Revue critique*, n°3, décembre 2012, pp. 150-165.

5 Par exemple, la question philosophiquement très importante des rapports entre *inimicitia* et *haine* n'est vraisemblablement pas pertinente du point de vue juridique. Cf. *infra*, note 119.

6 B. RUSSELL, *La Méthode scientifique en philosophie*, Paris, Payot/Rivages, « Petite bibliothèque Payot », 2002, p. 48.

7 Ce qui selon Kelsen n'est pas le cas : cf. *Théorie pure du droit*, §13, Paris, LGDJ, 1999, p. 75. G. Jakobs écrit lui-même : « Mon

S'il ne faut toutefois pas attendre d'elle des prescriptions, et quand même elle « laisse[rait] toutes choses en l'état »⁸, la philosophie peut certainement nous aider à analyser les concepts sous-jacents aux différentes *pratiques* pénales et à révéler ce qui est en jeu lorsque, par exemple, nous disons d'une loi qu'elle est une *mauvaise* loi. Comme le souligne Wittgenstein, « Il y a une pratique établie – la punition des criminels » et « des gens différents défendent cette pratique pour des raisons différentes, et pour des raisons différentes dans des cas différents et en des circonstances différentes »⁹. Ces raisons, pour diverses qu'elles soient, ne sont sans doute pas toutes d'égale valeur, ni d'une égale cohérence à l'égard des pratiques qu'elles visent à soutenir : mais comment en juger ? Je souhaite montrer qu'une disposition pénale ne peut être appelée mauvaise au seul motif qu'elle ferait partie d'un édifice dans lequel nous serions fondés à voir un droit pénal d'exception, par un effet de contamination des principes sur les dispositions particulières qui en seraient déduites, mais qu'elle peut être dite mauvaise pour une diversité de raisons, dont le fait (non exclusif d'autres griefs) qu'elle dénote une confusion entre le registre du crime et celui de l'hostilité. Pour le dire autrement, définir le criminel par différence avec l'ennemi ne nous donnera pas de règle applicable aux matières pénales – de règle pour la construction d'autres

règles¹⁰ – ni ne permettra de justifier ou au contraire de récuser quelque chose comme un « droit pénal de l'ennemi ». La désignation du criminel ou de l'ennemi est l'œuvre du jugement et de la délibération collective, non le produit de la déduction. Toute législation pénale s'élabore en effet sur la base de considérations hétérogènes (parmi lesquelles la défense de l'État ou la prévention du terrorisme) dont l'unité n'est procurée que par la forme de la délibération démocratique elle-même.

Un retour sur les théories classiques de la souveraineté permettra d'abord d'établir le caractère inévitable d'une telle confusion, qui apparaît aussitôt qu'on réduit le droit pénal à une fonction d'instrument politique face à des sujets perpétuellement indociles et menaçants. Si « les hommes sont naturellement ennemis les uns des autres » (Spinoza¹¹), et si c'est la guerre ou « la situation d'exception qui revêt une signification particulièrement déterminante, révélatrice du fond des choses » (Schmitt)¹², alors l'État devient le seul rempart à l'hostilité foncière, la loi pénale n'est plus qu'une menace en réponse à une menace, et tout le droit pénal se trouve ipso facto placé sous le signe de l'exception. Au caractère indéfini de la « menace » correspondrait alors un droit substantiel et procédural sans limites propres, sans garanties pour les libertés publiques, et n'ayant pour terme ultime qu'une *déraison* d'État¹³ dans les formes de la rationalité juridique. Contrairement à ce que postule la tradition du rationalisme politique¹⁴, ce

objectif n'est absolument pas d'inventer ou de construire un droit pénal de l'ennemi ; je pense plutôt qu'on peut trouver un droit pénal de l'ennemi dans le droit allemand actuel » (article cité, p.6). Le statut, descriptif ou prescriptif, du « droit pénal de l'ennemi » chez Jakobs est toutefois objet de débat (cf. J.-F. DREUILLE, article cité, pp.153-154). Je reprends cette discussion dans la troisième section de cet article.

8 L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, §124, Paris, Gallimard, 2004, p.87.

9 L. WITTGENSTEIN, *Leçons et conversations*, Paris, Gallimard, « Folio essais », 1992, p.102.

10 Kelsen fait observer qu'une norme de rang supérieur, comme la constitution, « n'a jamais que le caractère d'un cadre à remplir », et n'a pas le pouvoir de *déterminer* les normes subordonnées (*Théorie pure du droit*, §45, *op. cit.*, p.336).

11 B. SPINOZA, *Traité politique*, chap. II, §14, trad. Appuhn, Paris, GF-Flammarion, 1966, p.20.

12 C. SCHMITT, *La notion de politique* suivi de *Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, « Champs classiques », 1992, p.73.

13 Cf. M. DELMAS-MARTY, article cité, p.483.

14 Pour une description générale de ce qu'on peut entendre par « rationalisme politique », cf. A. NORRIS, « La chaîne des raisons a

sont deux logiques distinctes qui encadrent la production de la loi : non seulement la rationalité du droit attaché à la souveraineté, mais le *raisonnable* que doit viser toute politique pénale, dont la législation constitue entre autres choses un aspect. Le positiviste dira qu'en tant que norme portant sur des conduites, toute loi est d'abord redevable d'une analyse, d'une description et de principes strictement scientifiques¹⁵ ; on ne peut pourtant faire abstraction du fait qu'elle existe *aussi* à certaines fins, et qu'elle relève en particulier d'une politique pénale dont on attend à bon droit qu'elle se justifie en raison. Mais plus profondément encore, dans la mesure où toute loi inclut une description des conduites qu'elle vise, elle en constitue aussi une *connaissance*, et ne peut donc sans absurdité désigner *n'importe quel comportement* comme dangereux ou menaçant. Bien des différences, et des différences très importantes, existent entre dire que le fou menace le roi lors d'une partie d'échecs, et que le manifestant ou l'activiste menace l'ordre public.

Qui est l'ennemi ? Causes, raisons, et sens de l'hostilité de Grotius à Hegel

Pufendorf soulignait d'un bel euphémisme que « si l'on ne doit pas réputer pour ennemi tout homme qui n'est pas du nombre de nos concitoyens, on peut du moins le regarder comme un ami sur qui il ne faut pas trop compter »¹⁶. Ne sommes-nous pas entrés dans une ère où chacun de nos concitoyens est désormais regardé comme quelqu'un dont nous aurions à nous méfier ? Le syntagme « droit pénal de l'ennemi » pose d'abord au philosophe un problème de délimitation et d'articulation

entre champs : l'hostilité est une notion politique ou privée¹⁷, tandis que crime et délinquance relèvent de la sphère juridique et judiciaire. Quel sens y a-t-il en effet à prétendre *punir* un ennemi, une fois admis que la vengeance n'est pas une peine ?¹⁸ Et si le législateur dit qu'un comportement trahit une intention délictueuse ou subversive (et non qu'il la matérialise, comme dans le cas d'une tentative d'assassinat), son auteur est-il encore un délinquant ou déjà un ennemi ? Ne devient-il pas délinquant après être implicitement passé par le statut d'ennemi, dont le propre est justement de représenter un *risque* ou une *menace* ?

Une voie possible pour montrer comment se nouent et se dénouent ces difficultés est celle qui s'est imposée comme un caractère distinctif de la pensée politique classique : celle d'une anthropologie philosophique qui affirme, à différents degrés et pour différentes raisons, l'inimitié naturelle entre les hommes. L'hostilité figure en effet en bonne place parmi les dispositions de la nature humaine qui intéressent directement la théorie politique, et qui rendent la matière sur laquelle s'exerce le pouvoir si rétive et labile à la fois, puisqu'une *tendance* ne s'exprime pas toujours, ni de façon uniforme. « Toutes les théories politiques véritables », écrit Carl Schmitt, « postulent un homme corrompu, c'est-à-dire un être dangereux et dynamique, parfaitement problématique »¹⁹. Cette

17 Cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, I, 4. C. SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p. 67. Je ne reprends pas la distinction *hostis-inimicus* qui ne paraît pas indispensable à la présente discussion. Sont donc employés indifféremment les termes d'inimitié et d'hostilité.

18 PLATON, *Les Lois*, L. IX, 854d, Paris, GF-Flammarion, 2007 : « Ce n'est jamais au mal que tend la punition imposée par la loi ». Th. HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVII, trad. Tricaud, Paris, Sirey, 1971, p. 334 : « Le mal infligé à un ennemi déclaré ne tombe pas sous l'appellation de châtement ». Ce texte est commenté plus bas.

19 *Ibid.*, p. 105. Le terme « corrompu », qui ne s'applique pas au spinozisme et difficilement au système de Hobbes, est bien entendu contestable. Ce n'est pas non plus la moindre des difficultés que de

une fin », in *Wittgenstein politique*, revue Cités, 2009, n°38, p. 96.

15 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 75 : « la science du droit n'a ni à approuver ni à désapprouver son objet, mais uniquement à le connaître et à le décrire ».

16 S. PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, L. II, chap. I, §10, Caen, Presses universitaires de Caen, 2002, tome 2, p. 11.

hostilité première détermine tout le champ politique, ses enjeux, ses ambitions et ses limites, et le droit pénal lui-même : comment prévenir les effets les plus prévisibles et *dangereux* de cette inimitié *spontanée*? Interroger le statut de l'ennemi, c'est alors se demander non seulement *pourquoi* mais *en quel sens* existe de l'hostilité entre les hommes, entre les États, ou entre un État et un individu ou groupe d'individus privés qui agiraient, par exemple, en qualité d'opposants ou de terroristes. Les réponses données par la tradition ont été diverses, et comme on va le voir jamais tout à fait claires ni satisfaisantes.

Spinoza a certainement livré la formule la plus radicale de l'hostilité naturelle²⁰ : « *Sunt ergo homines ex natura hostes* »²¹. On ne parle pas de vague animosité, ni de rivalité, mais bien d'*hostilité* : en droit les hommes sont en guerre tant qu'ils ne sont pas *effectivement* en paix²². Mais si les hommes sont ennemis par suite de leur « complexion propre », ils ne cessent jamais tout à fait de l'être à l'état civil, en particulier dans leurs rapports à

la Cité elle-même²³. La thèse de l'inimitié naturelle des hommes doit donc être prise à la rigueur, et non comme l'expression d'un pessimisme de bon aloi en réaction au caractère chaotique des passions humaines, ni comme la simple hypostase de la rivalité ou des conflits concrets. Elle vise à fournir une assise anthropologique plausible à la thèse selon laquelle « *nous ne sommes pas naturellement obligés de respecter les droits d'autrui* »²⁴. Elle-même s'appuie en effet sur une conception renouvelée du droit de nature, affranchie de la thématique théologique de la *libido dominandi*, assigne causes²⁵ et raisons²⁶ aux passions hostiles et définit les ambitions du champ politique : apporter des solutions efficaces pour en maîtriser les effets les plus délétères.

L'inimitié et la guerre acquièrent ainsi une intelligibilité à partir du moment où elles ne sont plus seulement traitées comme des questions de fait, ni comme les suites d'un naturel agressif²⁷, mais où au contraire elles prennent naissance et trouvent leur place dans un système fondé sur la reconnaissance des droits subjectifs. On considère que Grotius est à l'origine de cette transition juridique²⁸ :

devoir conclure, à suivre Schmitt, qu'il n'y aurait pas de « véritable théorie politique » chez Rousseau.

20 « La plus radicale » dans la mesure où l'hostilité n'est pas selon Spinoza l'effet d'un calcul prudentiel, comme chez Hobbes, ni d'un conflit portant sur la justice, comme chez Locke, mais s'inscrit au contraire dans la logique des rapports interindividuels immédiats. Cf. C. LAZZERI, *Droit, pouvoir et liberté. Spinoza critique de Hobbes*, Paris, Puf, 1998, p. 78. J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, §19, Paris, Puf, 1994, p. 16.

21 SPINOZA, *Traité politique*, chap. II, §14, *op. cit.*, p. 20 : « [Les hommes] sont aussi par nature ennemis les uns des autres ». Cette formulation précise et radicalise par avance celle du chap. III, §13 (p. 31), « les hommes [...] à l'état de nature sont ennemis », qui est une reprise de Hobbes (« La volonté de nuire en l'état de nature est aussi en tous les hommes », *Du citoyen*, I, chap. I, §4, Paris, Gf-Flammarion, 1982, p. 95).

22 *Ibid.*, V, §4, p. 38 : « La paix en effet n'est pas la simple absence de guerre ». Cf. HOBBS, *Léviathan*, chap. XIII, *op. cit.*, p. 124 : « la guerre ne consiste pas seulement dans la bataille et dans des combats effectifs ; mais dans un espace de temps où la volonté de s'affronter en des batailles est suffisamment avérée ».

23 SPINOZA, *Traité politique*, chap. VI, §6, *op. cit.*, p. 43 : « Il est certain que les périls menaçant la Cité ont pour cause toujours les citoyens plus que les ennemis du dehors ».

24 A. MATHERON, « Spinoza et la problématique juridique de Grotius », in *Études sur Spinoza et les philosophies de l'âge classique*, Lyon, ENS Éditions, 2011, p. 118 (l'auteur souligne).

25 HOBBS, *Léviathan*, chap. XIII, *op. cit.*, p. 123.

26 LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, §18, *op. cit.*, p. 15. Cf. aussi §16, p. 14 : « Il est en effet raisonnable et juste que je possède le droit de détruire ce qui me menace de destruction ». Je ne détaille pas l'opposition, qui serait à élucider, entre *causes*, motifs *rationnels* et *raisonnables* de la conduite hostile chez les théoriciens classiques.

27 Ce à quoi Freud les réduit dans *Malaise dans la civilisation* (chap. V, Paris, Puf, 1971, p. 65).

28 Cf. A. MATHERON, *Études sur Spinoza et les philosophies de l'âge classique*, *op. cit.*, p. 114.

Aussi si je ne puis sauver autrement ma vie, m'est-il permis de repousser par toute sorte de violence celui qui l'attaque, bien que peut-être il soit exempt de péché: parce que ce droit ne naît pas proprement du péché d'autrui, mais du droit que la nature m'accorde pour moi-même.²⁹

L'antériorité du droit à se conserver soi-même sur la découverte des moyens rationnels et efficaces d'assurer cette conservation (qui n'ont valeur d'obligation qu'une fois les conditions réunies pour qu'ils soient réellement effectifs, à l'état civil et non à l'état de nature ni dans une période de guerre civile où la nécessité fait loi) a pour conséquence que la conduite hostile, prise absolument, n'enfreint aucune loi³⁰. C'est aussi en vertu de ce droit de l'individu à user de violence que l'ennemi acquiert une dimension paradigmatique: il ne désigne pas seulement le rival, l'étranger, l'autre qui attaque mon clan, mon chef ou ma religion, mais incarne une dimension essentielle des rapports interindividuels et intersubjectifs, voire du rapport du sujet à lui-même³¹. Le paradoxe de l'inimitié est d'être une expression du droit de nature, ce *pourquoi* et à *partir de quoi* il y a de la politique, en même temps

que la limite du politique; autant dire que l'État des classiques *sort* de la guerre, à tous les sens du terme: il en *provient* déductivement, y trouve le plus souvent son *origine* historique³², et dans le meilleur des cas *nous en tient éloignés*.

Cette équation problématique (l'hostilité doit bien être conjurée pour assurer la pérennité de la vie sociale, alors même qu'elle est l'expression d'un droit qui ne peut jamais être entièrement dénié à l'individu et sans lequel la politique n'a pas de raison d'être) engendre une tension considérable entre les fondements et les moyens de conservation du pouvoir, entre l'affirmation du caractère souverain de ce pouvoir et la nécessaire reconnaissance de ses limites, et entre la rigueur des lois et la liberté incompressible des sujets³³. Ces difficultés agissent, par un effet de ressac, sur le droit pénal: comment régler et corriger la conduite d'individus qui demeurent perpétuellement ennemis les uns des autres? Si l'hostilité se définit par rapport à cet horizon ultime qu'est la conservation de soi, sera désigné comme ennemi tout individu qui mettra ma vie en péril; or l'État est institué principalement, dans toutes les doctrines du Contrat, dans le but de préserver la vie des co-contractants: le point de vue à partir duquel s'établit la distinction entre sujet et ennemi est donc la souveraineté. N'est-il pas alors fatal que l'État en vienne à regarder ses sujets comme des ennemis potentiels? Le sujet obéissant lui-même ne considérera-t-il pas comme ennemie toute personne qui enfreindra la loi, puisque le respect de l'autorité de l'État est le moyen indirect de sa préservation, et qu'il estimera s'imposer des restrictions dont le délinquant s'exonère quant à lui³⁴? Il semble ne plus y avoir de limite à la capacité de l'État, ni à la volonté des sujets obéissants, de

29 GROTIUS, *Du Droit de la guerre et de la paix*, L. III, chap. I, Paris, Puf, 2005, p. 582.

30 HOBBS, *Léviathan*, chap. XIV, *op. cit.*, p. 129: « Tout homme doit s'efforcer à la paix, aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'obtenir; et quand il ne peut pas l'obtenir, il lui est loisible de rechercher et d'utiliser tous les secours et tous les avantages de la guerre ».

31 C'est la thèse de Pascal. L'homme est le théâtre d'une « guerre intestine entre la raison et les passions », de sorte qu'il est « toujours divisé et contraire à lui-même » (*Pensées*, Lafuma 621). Pascal se fonde sur l'équivoque de « ce mot d'ennemi » dans la Bible (§269), qui révèle qu'en réalité « les hommes n'ont point d'autres ennemis qu'eux-mêmes » (§433). Chacun, en raison de ses iniquités, est en effet son premier et principal ennemi, et s'empêche lui-même d'atteindre une fin plus haute (§502). L'hostilité entre les hommes n'est qu'un *effet* de ce combat intérieur de l'homme avec ses propres passions et avec le sentiment confus de sa misère qu'il cherche à se dissimuler par tous les moyens (§978).

32 Cf. HOBBS, *Léviathan*, « Révision et conclusion », *op. cit.*, pp. 716-717.

33 Cf. HOBBS, *Du citoyen*, II, chap. XIII, §15, *op. cit.*, p. 238.

34 Cf. H. M. ENZENSBERGER, *Politique et crime*, Paris, Gallimard, « Tel », 1967, pp. 26-27.

désigner tel ou tel comme ennemi au gré de leur fantaisie ou de leur évaluation inquiète des rapports de force.

Démosthène dit avec raison que la guerre est dirigée contre ceux qui ne peuvent être contraints par les voies judiciaires. Les formes de la justice sont efficaces contre ceux qui se sentent impuissants à résister; quant à ceux qui peuvent lutter ou qui pensent le pouvoir, on emploie les armes contre eux.³⁵

L'un des aspects qui détermine l'état d'hostilité est, selon Hobbes, l'absence de mesure objective du risque: dans ma propre maison je me méfie de mes enfants et de mes serviteurs en fermant mes coffres à clé³⁶. Puisque ce qui est *vraiment dangereux*, avant même qu'il soit question de le neutraliser, est d'abord de ne pas *identifier* un risque comme tel, s'il faut pécher, que ce soit plutôt par excès de prévention – autant dénoncer l'ennemi avant que lui-même ne se déclare!

Si, parallèlement, le droit de punir est un «reste» de l'état de nature³⁷, un droit de guerre revêtu d'hermine³⁸, il échappera de même à toute mesure, les sujets se retrouvant seuls et sans garantie face à l'État. Hobbes n'a d'ailleurs qu'un conseil de prudence à adresser devant le risque de l'arbitraire judiciaire: «aucun bien ne peut arriver à la République du fait du châtement de

l'innocent»³⁹. Du strict point de vue de la souveraineté, le droit pénal signe la limite des droits subjectifs du citoyen, et les critères manquent pour distinguer ce qui relèverait ou non d'un «droit pénal de l'ennemi». La confusion des registres du crime et de l'hostilité est telle que Hobbes peut écrire:

Où est la justice de tuer un homme pour en amender un autre, si ce qui a été fait était nécessaire? À cela, je réponds que l'on tue des hommes justement, non pas parce que leurs actions ne sont pas nécessaires, *mais l'on épargne et préserve ceux qui ne sont pas nuisibles*.⁴⁰

L'État garde en vie les citoyens qui ne se montrent pas *dangereux*, «car rien, si ce n'est la crainte, ne peut justifier de prendre la vie d'autrui»⁴¹. Un autre passage reprend et détaille la même confusion:

Les actes d'hostilité [*facts of hostility*] envers l'état présent de la République sont de plus grands crimes que les mêmes actions commises envers des particuliers. Dans ce cas en effet, le dommage s'étend à tous.⁴²

Certes Hobbes sépare formellement le droit pénal de l'exercice du droit de guerre:

Le mal infligé à un ennemi déclaré ne tombe pas sous l'appellation de châtement: étant donné en effet que cet ennemi, ou bien n'a jamais été assujéti à cette loi, et par conséquent ne pouvait pas la transgresser, ou bien, après y avoir été assujéti, fait profession de ne plus l'être, et nie par conséquent qu'il puisse la transgresser, tous

35 GROTIUS, Du droit de la guerre et de la paix, Prolégomènes, art. XXV, *op. cit.*, p. 17.

36 HOBBS, *Léviathan*, chap. XIII, *op. cit.*, p. 125. *Du citoyen*, Préface, *op. cit.*, p. 72.

37 HOBBS, *De la liberté et de la nécessité*, Paris, Vrin, 1993, p. 78: «Le droit que possède la république de mettre un homme à mort pour ses crimes, n'est pas créé par la loi, il est ce qui reste du droit de nature premier, que tout homme possède, de se préserver». Cf. *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 332: «Tel est le fondement du droit de châtier qui s'exerce dans toute République: [...] on ne le lui a pas donné: on le lui a laissé, et on ne l'a laissé qu'à lui».

38 PASCAL, *Pensées*, Lafuma §44.

39 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 338.

40 HOBBS, *De la liberté et de la nécessité*, *op. cit.*, p. 76 (je souligne).

41 HOBBS, *Éléments du droit naturel et politique*, I, XIX, §2, Paris, Vrin, 2010, p. 143.

42 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVII, *op. cit.*, p. 327.

les maux qu'on peut lui infliger doivent être considérés comme des *actes d'hostilité*. Or, dans un état d'hostilité déclarée, toute infliction de maux est légitime. Il s'ensuit que si, dans ses actions ou dans ses paroles, un sujet nie consciemment et délibérément l'autorité du représentant de la République, on peut légitimement, quelle que soit la peine précédemment prévue pour le cas de trahison, lui faire subir tout ce qu'il plaira au représentant.⁴³

Mais il ne donne que des indications bien vagues sur les signes qui manifesteraient une négation « *consciente et délibérée* » de l'autorité du souverain. Le philosophe comprend bien que la distinction entre crime et hostilité passe notamment par la *signification* des actes considérés : mais il ne dispose pas des instruments adéquats pour en juger dans le cadre de son système, puisque c'est *in fine* au seul pouvoir souverain que revient la prérogative d'interpréter ces signes, comme il lui revient d'interpréter la loi⁴⁴. Les théories classiques de la souveraineté n'envisagent qu'un moyen de réduire l'équivoque qui fait l'essence même des signes : laisser au pouvoir de décider arbitrairement et unilatéralement de ce qu'ils signifient. Aussi la qualité d'ennemi relève-t-elle finalement d'un pur acte du vouloir⁴⁵ : *stat pro ratione voluntas*, la volonté tient lieu de raison. Est ennemi celui que je désigne ou qui me désigne comme tel, étant entendu que c'est à moi de décider ce qui est signe suffisant d'inimitié. Spinoza

soutient lui aussi qu'en dernier ressort c'est le droit de la Cité (donc sa puissance) qui qualifie l'ennemi :

L'ennemi est celui qui vit hors de la cité et ne reconnaît, ni en qualité de confédéré, ni en qualité de sujet, le gouvernement qu'elle a institué. Ce n'est pas la haine en effet qui confère la qualité d'ennemi de l'État, c'est le droit qu'à la cité contre lui, et à l'égard de celui qui ne reconnaît l'État constitué par elle par aucune sorte de contrat, la cité a le même droit qu'à l'égard de celui qui lui a causé un dommage.⁴⁶

Certes, Spinoza épingle la tendance d'un gouvernement autoritaire à « traiter en ennemis »⁴⁷ les citoyens les plus valeureux et indépendants d'esprit, ou à abuser du secret d'État⁴⁸. « Il est bien vrai qu'il peut en droit tenir pour ennemis tous ceux qui, en toutes matières, ne pensent pas entièrement comme lui », concède-t-il : « mais la discussion ne porte plus sur son *droit*, elle porte sur ce qui lui est *utile* »⁴⁹. Si on comprend bien l'intention de Spinoza, qui est de contrer Hobbes sur le terrain de l'efficacité plutôt que de la morale, le philosophe ne ménage toutefois aucune place pour l'idée de garantie juridique : si le citoyen ne peut faire valoir aucun droit face au pouvoir absolu du souverain, que lui importe que le théoricien se déclare favorable à la démocratie ou à la liberté d'expression ? Arguer de ce qu'il y a de « *pernicieux* » et même d'absurde plutôt que d'*injuste* à faire mourir des

43 *Ibid.*, p. 334 (je souligne).

44 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVI, *op. cit.*, pp. 294.

45 C. SCHMITT, *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 78 : « Est politique tout regroupement qui se fait dans la perspective de l'épreuve de force », de sorte que les notions élémentaires du politique (État, république, société, souveraineté, etc.) se trouvent vidées de tout contenu propre (p. 69). D. Cumin (« Carl Schmitt, Leo Strauss et le concept du politique », *Revue Klesis*, 2011 : 19, pp. 155-176) montre toutefois que la « théologie politique » de Schmitt ne se réduit pas à un décisionnisme strict, nécessairement relativiste.

46 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XVI, trad. Appuhn, Paris, GF-Flammarion, 1965, p. 270.

47 *Ibid.*, chap. XX, *op. cit.*, p. 333.

48 SPINOZA, *Traité politique*, chap. VII, §29, *op. cit.*, p. 68 : « Ceux qui peuvent traiter secrètement les affaires de l'État l'ont entièrement en leur pouvoir, et en temps de paix tendent des pièges aux citoyens comme ils en tendent à l'ennemi en temps de guerre ».

49 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XX., *op. cit.*, p. 328 (je souligne).

citoyens pour le simple fait d'avoir professé une opinion⁵⁰, ou de encore de châtier des innocents, est non seulement paradoxal, mais hautement problématique du point de vue déontologique⁵¹. Le Léviathan livre une synthèse de ce pragmatisme d'État qui offre peu de place à la nuance :

Si l'on inflige un mal quelconque à un innocent qui n'est pas un sujet, que cela ait lieu pour le bien de la République, et sans violation d'une convention antérieure, ce n'est pas là une infraction à la loi de nature. En effet, tous les hommes qui ne sont pas des sujets, ou bien sont des ennemis, ou bien ont cessé de l'être en vertu de conventions antérieures. Mais aux ennemis que la République juge aptes à nuire à ses sujets, il est légitime, en vertu du droit de nature originel, de faire la guerre : or dans celle-ci l'épée ne juge point, et le vainqueur ne fait nulle distinction relative au passé entre homme nuisible et homme innocent : il ne connaît pas d'autre pitié que celle qui sert au bien de ses concitoyens.⁵²

L'ennemi constitue ainsi jusqu'à Hegel un point aveugle de la théorie politique⁵³, et c'est par le fait même de leur anthropologie de l'hostilité, que les théories

classiques se trouvent à exclure l'ennemi du domaine du politiquement pensable. Schmitt fait ainsi observer que « l'État européen classique [a] réussi cette chose tout à fait invraisemblable qui fut d'instaurer la paix à l'intérieur et d'exclure l'hostilité en tant que concept de droit »⁵⁴. Après avoir tant fait pour donner à l'hostilité naturelle un rôle constitutif du point de vue théorique, les penseurs classiques échouent à rationaliser et à encadrer juridiquement la régulation de la violence, qui est renvoyée à « l'état de nature », aux mouvements factieux ou aux ambitions d'un chef⁵⁵, dans l'infra-politique et juridique, c'est-à-dire à ce qui échappe à toute mesure. Enfreindre la loi, donc la nier, c'est se placer en position d'extériorité et incarner une *limite* du droit et de l'État lui-même en tant qu'il en est le garant ultime⁵⁶. Mais c'est parce qu'il était impossible, dans les modèles classiques de l'État, de déterminer précisément *ce que* le délinquant vient *nier* lorsqu'il commet son délit, que Hegel a tenté d'enrichir le sens de l'inimitié en lui donnant une extension *éthique* plutôt qu'étroitement conative, c'est-à-dire en passant de l'idée de lutte pour *l'existence* à celle de lutte pour la *reconnaissance*⁵⁷. La théorie hégélienne de l'État comme « réalité éthique » inscrit l'hostilité dans une dimension intersubjective : l'ennemi devient « différence éthique », et s'affronte à une réalité plus concrète (selon l'acception hégélienne de ce

50 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XX, *op. cit.* p. 333 : « Combien ne vaudrait-il pas mieux contenir la colère et la fureur du vulgaire que d'établir des lois dont les seuls violateurs possibles sont les amis des arts et de la vertu, et de réduire l'État à cette extrémité qu'il ne puisse supporter les hommes d'âme fière ! [...] Quoi de plus pernicieux, je le répète, que de tenir pour ennemis et de conduire à la mort des hommes auxquels on n'a ni crime ni forfait à reprocher, simplement parce qu'ils ont quelque fierté de caractère ? ».

51 Cf. E. ANSCOMBE, « La philosophie morale moderne », revue *Klesis*, 2008, pp. 28-29 : « Si quelqu'un pense réellement, par avance [c'est-à-dire indépendamment de circonstances particulières], que s'interdire ou non d'envisager l'exécution judiciaire d'un innocent est une question ouverte, je refuse de discuter avec lui : son esprit est corrompu » (je retraduis ce passage épineux).

52 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 338.

53 C. SCHMITT, *La notion de politique*, *op. cit.*, p. 106 : « Hegel, enfin, a donné une définition de *l'ennemi*, ce que les philosophes

modernes évitent habituellement : il est la différence éthique [...], l'étranger à nier dans sa totalité vivante ».

54 *Ibid.*, p. 43.

55 Cf. HOBBS, *Dialogue des Common laws*, Paris, Vrin, 1996, p. 36.

56 Cette difficulté, en réalité largement induite, est levée par Kelsen qui souligne qu'« entre la proposition qui décrit une norme en énonçant qu'un individu doit se conduire de telle ou telle façon et la proposition qui constate qu'il ne s'est pas conduit de cette façon, il n'existe aucune contradiction logique » (*Théorie pure du droit*, §27, *op. cit.*, p. 121).

57 Cf. A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, « Folio essais », 2000, p. 16.

terme) que la seule autorité politique. Schmitt, qui doit manifestement beaucoup à Hegel, demande ainsi :

Qui puis-je donc reconnaître enfin comme mon ennemi ? Manifestement celui-là seul qui me met en question. En tant que je le reconnais comme mon ennemi, je reconnais qu'il me met en question. [...] Sois donc prudent et ne parle pas à la légère de l'ennemi. On se classe d'après son ennemi. On se situe d'après ce que l'on reconnaît comme son ennemi.⁵⁸

Le passage de Hobbes à Hegel représente assurément un progrès *théorique* dans l'interprétation du conflit : l'hostilité y acquiert un sens plus profond, puisqu'elle vise l'affirmation et la détermination de soi par la négation de l'autre, et non sa simple annihilation. On peut, par exemple, conduire une analyse hégélienne d'un attentat raciste et des réactions qu'il suscite. Le réflexe, compréhensible et certainement louable à plus d'un titre, est de serrer les rangs lorsqu'un membre d'une « communauté » est touché, *mais au-delà* de cette communauté même, de sorte que le terroriste se retrouve face à tout le corps politique uni sous la bannière des « valeurs de la république ». Trop insister sur la religion ou l'origine de la victime, c'est la faire exister comme le criminel raciste l'a vue : on doit donc se hausser d'emblée au point de vue de l'universel pour juger de tels crimes.

58 C. SCHMITT, *Ex captivitate salus. Expérience des années 1946-1947*, Paris, Vrin, 2003, cité par Julien Freund in C. SCHMITT, *La Notion de politique*, op. cit., p. 37. En définitive, l'argumentation schmittienne semble revenir à une énième variation hégélienne sur le « *omnis determinatio est negatio* » spinoziste, qui veut que non seulement l'État ne puisse se déterminer dans une forme concrète sans exclure *ipso facto* ce qui n'est pas lui (d'un point de vue qu'on qualifiera de « statique »), mais que c'est dans ce mouvement même de négation qu'il se définit. C'est ce qui fait dire à Schmitt que « l'élimination de cet ennemi possible entraînerait celle de toute cohérence logique proprement politique » (*La notion de politique*, op. cit., p. 108).

C'est l'individu criminel qui, faisant exister le particulier au sein de l'universel, s'exclut lui-même par son geste odieux ; mais comme l'universel qu'il nie n'est pas seulement l'universel abstrait du droit, de la propriété, ou de la vie, mais l'Idée même de communauté politique rassemblant des êtres différents dans un tout pacifique et vivant, il n'est plus seulement criminel mais devient ennemi du *genre humain*.

Quoique séduisant, ce mode d'argumentation à demi incantatoire a aussi des conséquences fâcheuses : car si les « valeurs » dont la République se réclame sont « universelles », le geste du criminel par lequel il s'exclut de cette universalité le renvoie aussi nécessairement à l'incompréhensible, à l'impensable et pour tout dire à la sphère du *tabou*⁵⁹. L'universel est sans extérieur, par définition : celui qui attaque la *patrie* peut le faire au nom de *sa* patrie, ou d'un idéal quelconque (fût-il condamnable, dans sa fin ou ses moyens), mais celui qui attaque l'universel comme tel tombe pour ainsi dire dans

59 Le discours du Président Sarkozy qui suivit la mort de M. Merah témoigne de cette difficulté à garder la mesure face à un crime odieux, crime par lequel son auteur revendiqué prétendit lui-même avoir voulu « mettre la France à genoux » : « ces crimes sont inexplicables et inexcusables » (Discours de Strasbourg du 22/3/2012). Difficile de comprendre ce qui rend si banale cette confusion entre *expliquer* et *excuser*, sauf à supposer qu'au fond elle relève du procès d'intention : elle constituerait une réponse anticipée à celui qui, en s'efforçant d'« expliquer » un geste criminel, parerait son discours d'une scientificité de façade dans le but de *chercher des excuses* au délinquant. L'ancien premier Ministre Jospin affirmait déjà vouloir rompre avec la culture des « excuses sociologiques » (*Le Monde* daté du 7 janvier 1999). Mais si Wittgenstein faisait déjà remarquer que la formule « tout comprendre, c'est tout pardonner » est trompeuse (*Leçons sur la liberté de la volonté*, Paris, Puf, 2002, p. 39), le plus étonnant est qu'on ne voit pas bien pour quels motifs inavouables quiconque pourrait vouloir « trouver des excuses » au délinquant ou au terroriste : l'accusation « d'angélisme » est donc un épouvantail, et pas seulement la marque d'un « esprit faux », comme dirait Pascal.

le non-être ou « l'axe du mal »⁶⁰. Le terme « terroriste » sert entre autres à baptiser tout cela. Voilà pourquoi on peut dire que « le paradoxe de ce début de XXI^e siècle est d'être celui de l'invocation des droits fondamentaux et de garanties conventionnelles et constitutionnelles accrues des Droits de l'homme mais sans scrupule s'agissant d'exceptions »⁶¹, paradoxe que soulignait déjà Russell il y a près d'un siècle :

Sous la pression du danger, croyances et émotions sont toutes assujetties à une seule fin : la préservation de soi. Puisque les hommes civilisés répugnent à tuer et à estropier leurs semblables, il devient nécessaire de vaincre cette répugnance en niant cette ressemblance et en accusant de méchanceté ceux à qui l'on veut faire du mal. Il en résulte que les jugements moraux les plus durs contre l'ennemi sont produits par les nations qui doivent surmonter les impulsions de bienveillance les plus fortes.⁶²

Ce que montre ce parcours un peu rapide, c'est l'impossibilité de se prémunir contre une notion extrêmement vague de « danger » ou de « menace » dès lors que le sens de l'hostilité n'est déterminé que par référence à la sou-

veraineté de l'État, que ce dernier possède ou non un fond éthique. Le « droit pénal de l'ennemi » statue sur des conduites qui, à l'intérieur de l'État (sur son territoire), sont désignées par lui comme *péril*, mais qui s'apparentent en réalité au *crime de lèse-majesté*, que Hobbes définissait assez largement comme tout « dessein ou acte contraires à une loi fondamentale »⁶³. Or l'interprétation de cette « loi fondamentale » autorise les dispositions les plus arbitraires⁶⁴. L'un des sens de l'expression « État de droit » est qu'il existe une condition politique à l'efficacité du droit, qui est l'État lui-même : or il n'est pas possible que les conditions de la défense de l'État se trouvent toutes *dans* le droit, ni que ce seul motif de la protection de l'État permette de délimiter le droit pénal pour ainsi dire *de l'intérieur*. Il tend au contraire toujours à justifier une législation d'exception⁶⁵. Concluons alors, en nous inspirant de ce que disait Wittgenstein du problème du fondement des mathématiques (les mathématiques n'ont pas plus besoin de fondement que, sur un tableau, un château n'a besoin du rocher sur lequel il est posé⁶⁶), que le droit pénal n'attend pas d'être fondé sur un concept univoque de l'État de droit, qui serait à la législation ce que le plan euclidien est à la géométrie.

60 Schmitt souligne avec raison que ces guerres qui sont entreprises « sous forme de toute dernière des guerres que se livre l'humanité [...] se distinguent fatalement par leur violence et leur inhumanité pour la raison que, transcendant le politique, il est nécessaire qu'elles discréditent aussi l'ennemi dans les catégories morales ou autres pour en faire un monstre inhumain, qu'il ne suffit pas de repousser mais qui doit être anéanti définitivement » (*op. cit.*, p. 75). S'il n'existe plus de *limites politiques*, alors l'ennemi ne peut plus être que celui *de l'humanité* (p. 96). La notion d'« État voyou » employée au moment de la seconde guerre du Golfe participe de cette volonté d'exclure du politique certains États, qui deviennent *ipso facto* des ennemis de l'humanité.

61 C. LAZERGES, in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, Puf, 2011, p. 18.

62 B. RUSSELL, « De la justice en temps de guerre », in *Le pacifisme et la révolution*, Marseille, Agone, 2014, p. 84.

63 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 328.

64 « C'est assez que le crime de lèse-majesté soit vague, pour que le gouvernement dégénère en despotisme », écrivait Montesquieu (*De l'esprit des lois*, L. XII, chap. 7). Sur le recours à la catégorie de lèse-majesté comme « voie royale de l'état d'exception » en matière pénale, cf. C. SPECTOR, « Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté dans *L'Esprit des lois* », revue *Lumières*, n° 20, 2012/2, L. DELIA et G. RADICA, dir., « *Penser la peine à l'âge des Lumières* », pp. 55-71.

65 M. DELMAS-MARTY, article cité, p. 467.

66 J. BOUVERESSE, *La rime et la raison*, Paris, Minuit, 1973, pp. 112-113.

Mesurer un risque, juger d'une menace

Si l'analyse du *concept* d'ennemi est une impasse, pouvons-nous tout de même désigner les *conduites* qui mériteraient d'être appelées « hostiles » ? Schmitt n'est ici d'aucune aide, puisqu'il est entièrement redevable de ce tour de la pensée rationaliste qui veut que par abstraction de ce qui est empiriquement exceptionnel (la guerre civile en particulier) et modélisation d'une « nature humaine » se révélant dans cette situation d'exception même, puissent être déterminées des conditions politiques et juridiques auxquelles l'exception le demeurera. Or, il n'est pas du tout certain que ce « fond des choses » dont parle Schmitt⁶⁷ désigne quoi que ce soit d'effectif, ni d'ailleurs que nous devions entrer dans de telles considérations pour distinguer entre une bonne et une mauvaise mesure pénale, ce qui devrait être l'objet véritable de nos discussions. Inutile de scruter le fond de l'eau pour bien nager ; une grande masse d'eau nous portera plus facilement quoi qu'il en soit. Si « fond des choses » il y a, c'est donc plutôt la tentation du législateur ou du défenseur inconditionnel de la souveraineté de s'exonérer, par l'autorité rationnelle et déductive du système, de la charge du *jugement* : or il y a indéniablement une responsabilité à désigner un comportement comme délictueux, criminel ou résolument hostile. « La neutralisation de l'ennemi dangereux est au cœur de la théorie qui implique que la société s'octroie le droit de désigner l'ennemi », écrit J.-F. Dreuille⁶⁸ : ajoutons qu'une société revendique rarement ce droit comme tel, mais plutôt comme droit légitime de se défendre, face à un ennemi qui se désignerait de lui-même et apparaîtrait pour ainsi dire toujours en majesté.

L'explicitation et la justification de ces dénominations mêmes répondent pourtant à une exigence démocratique minimale : si la communauté

politique peut ainsi prononcer des exclusions, il est bon qu'elle s'interroge sur les conditions auxquelles elle le fait, et que celles-ci puissent au moins être justifiées du point de vue de la cohérence. Une chose est de soutenir qu'on ne peut fonder l'édifice du droit pénal sur une base jusnaturaliste, éthique, politique ou métaphysique, autre chose est pour une société de se dispenser de tout travail réflexif et critique sur ses propres pratiques pénales. Or l'analyse philosophique contribue précisément à révéler le caractère singulier, et parfois injustifiable, de certaines évolutions aux conséquences bien concrètes. Ne prenons qu'un exemple : en droit pénal, un enjeu déterminant porte sur le statut de *l'enfant*, selon qu'on le définit par un complexe biologique, affectif et cognitif, ou bien au contraire par ses seules aptitudes physiques ou ce qu'il est capable d'en faire, ce qui aura pour effet de rendre plus floue la frontière avec l'âge adulte⁶⁹. On entend parfois dire que « les mineurs d'aujourd'hui ne sont plus les enfants d'autrefois puisqu'ils commettent de graves délits, voire des crimes »⁷⁰, comme si on pouvait se satisfaire d'une définition purement pragmatique de l'enfant : l'enfant, c'est celui qui chipe des bonbons ; s'il commet un vol à l'arraché, ce ne peut plus être un enfant – argument qui, outre qu'il se heurte à une évidente objection de circularité, laissera perplexe toute personne qui aura ne serait-ce qu'effleuré les œuvres de Freud ou de William Golding. Il en va au contraire de la responsabilité *morale* et *politique* du législateur que de *dire* ce qu'on appelle

69 Cf. M. DELMAS-MARTY, article cité, p. 481.

70 On trouve dans le Discours de Grenoble du Président Sarkozy une singulière formule d'appel au bon sens : « Je n'ai pas la vérité. Mais convenons que l'ordonnance de 1945 n'est plus adaptée aux mineurs d'aujourd'hui » (journal *La Croix*, 2/8/2010). « Je n'ai pas la vérité » vaut disqualification de l'adversaire qui, parce que c'est un idéologue, prétendrait la détenir quant à lui, au point d'en perdre le sens commun. « Convenons » donc ensemble, et reconnaissons l'évidence des faits contre les apôtres de l'angélisme, que la législation est obsolète et doit être rendue plus sévère.

67 SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p. 73.

68 J.-F. DREUILLE, article cité, p. 150.

« enfant », et *ce que c'est que juger un enfant*, de sorte que la société soit au clair sur ce qu'elle considère et traite *comme un enfant*. Il en va de même pour toutes les figures qui renvoient aux frontières mêmes du droit, comme le fou – ou l'ennemi.

Ce qui confère à un individu le statut d'ennemi est qu'il représente un risque que l'État *estime* de pas devoir assumer – c'est ce que dit le chapitre II, 5 du *Contrat social*, en faisant remarquer (plutôt qu'en *affirmant*, raison pour laquelle on ne peut pas à proprement parler dire que Jean-Jacques Rousseau défende la « peine de mort ») que « quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi », puisqu'« on n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger ». Il paraît alors légitime de dire que la *menace* de la loi doit prévenir et répondre aux agissements de tout individu *menaçant*. Cette conception de la peine comme simple moyen psychologique de dissuasion est pourtant impropre : en réalité la sanction n'est que l'envers de la norme qui prescrit ou proscriit un comportement, et ne saurait en être abstraite. Comme le fait remarquer Kelsen, « le sens d'une menace est, en effet, qu'un certain mal *sera* infligé sous certaines conditions. Mais le sens de l'ordre juridique, lui, est que, telles conditions étant données, certains maux *doivent* être infligés »⁷¹. On le sait : la proposition de droit « Quiconque commet *x* doit ou mérite de recevoir *y* » n'est pas du tout de même forme que la mise en garde « si tu commets *x*, tu recevras *y* ». La loi pénale ne peut donc être conçue comme *menace répondant à un comportement menaçant* ; on ne punit pas *parce que* des crimes sont commis ; et en tout état de cause, nulle définition d'un comportement menaçant ne peut justifier le *devoir* de le prévenir ni de le punir⁷².

71 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, I, §6, *op. cit.*, p. 50.

72 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, chap. 17, Paris, Puf, « Léviathan », 1996, p. 79 : « On ne peut pas inférer de ce que *quelque*

Ne faut-il pas alors tout simplement renoncer à ce lexique délétaire et hautement subjectif de la « menace » ? Dans le contexte de notre discussion, la « menace » n'est que le prête-nom d'une crainte diffuse à laquelle on adjoint un qualificatif tout aussi vague : par exemple, l'expression « menace terroriste » n'indique pas une crainte légitime ayant pour objet un individu ou un groupe bien précis se préparant à agir *ès* qualités, mais une appréhension plus ou moins irrationnelle à l'égard d'un certain *mode opératoire* (attentat, prise d'otage) qui tomberait littéralement du ciel⁷³. La même remarque vaut pour l'expression médiatique de « nouvelles formes de violence ou de conflit », qui ajoute à cette menace diffuse une mutabilité extrême, donc imprévisible et sournoise, de la violence. Il est évident qu'on ne peut pas davantage « craindre la menace terroriste » qu'on ne peut « craindre les catastrophes naturelles » : on peut craindre que *tel* volcan se réveille, ou avoir des raisons *objectives* de penser que *tel* individu ou groupe d'individus projette de se livrer à des actions criminelles, ce qui est très différent. On ne surveille pas un volcan au motif que *c'est* un volcan, mais parce qu'il a déjà sévi ou semble vouloir le faire à nouveau ; parce qu'il représente un *danger* ; mais s'il est également difficile de prévoir la *récidive* d'un volcan et d'un délinquant, ce n'est pas du tout pour les mêmes raisons. C'est *l'état* d'un volcan qui le rend dangereux, tandis que seuls les *actes* d'un homme le sont : or le droit pénal de l'ennemi nous reconduit tout au contraire à un droit pénal *de l'auteur*⁷⁴ ; il traite la dangerosité comme un *état*.

chose est que quelque chose doit être ».

73 Comme le souligne M. TROPER (« L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in S. THÉODOROU, dir., *L'exception dans tous ses états*, Marseille, Parenthèses, 2007, p. 168), il y a tout lieu de penser que cette formule sert à pérenniser des mesures d'exception, puisqu'il semble impossible de définir « un moment où cesserait toute menace d'attaque terroriste ».

74 J.-F. DREUILLE, article cité, p. 152.

Il est à présent banal de distinguer l'idée de *comportement* dangereux de celle, hautement problématique, d'*individu* dangereux⁷⁵. Pourtant, comme le souligne J. Bouveresse, « il y a parfois des choses bien connues que les circonstances obligent à répéter et même à répéter souvent »⁷⁶; analysons donc plus précisément le lexique du « danger » et de la « menace ». Concédon's d'abord qu'être déclaré coupable des conséquences qu'on *aurait pu* produire par sa conduite semble être une curiosité logique qui ne pouvait exister que par la grâce d'une législation: nous en avons pourtant besoin pour établir le caractère délictueux de la conduite en état d'ivresse. Il y a en effet un sens à formuler un reproche en demandant « *Et si, alors que vous étiez ivre, vous aviez renversé quelqu'un ?* », et il est absurde et de mauvaise foi de répondre « *Mais ça ne s'est pas produit* »: ce qui se produit ou non ne fait pas disparaître la question (la légitimité qu'il y a à la poser), et l'éventualité de l'accident reste vraie et effective même lorsqu'on l'exprime au passé.⁷⁷ « La dangerosité est au cœur du droit pénal. Elle l'a toujours

été », écrit ainsi un auteur⁷⁸. Les termes de « risque », de « danger » ou de « menace » interviennent en fait dans des jeux de langage différents qu'il est d'autant plus important de ne pas confondre que le discours politique a une tendance spontanée à jouer de ces confusions: ainsi de la « guerre contre la délinquance ». Conduire en état d'ivresse *est* dangereux: cela augmente les risques liés à la circulation automobile dans des proportions qu'il est possible de mesurer (quoique les méthodes de calcul puissent sans doute être débattues, ce qui est une autre question); laisser des armes à feu en libre circulation est dangereux, et répondre à une menace (par exemple de cambriolage) par une menace (en armant les bijoutiers) l'est d'autant plus; en revanche, dissimuler son visage dans une manifestation ne correspond à aucun risque assignable, à aucune connexion causale repérable, car il n'y aurait aucun sens à soutenir que porter une cagoule engendre un risque accru de briser une vitrine lorsqu'on manifeste⁷⁹.

Cette distinction revient à opposer au *comportement* d'un individu l'*action* d'un sujet: celui qui prend sa voiture après avoir bu voit sa maîtrise altérée et son comportement modifié, tandis que celui qui porte une cagoule ne cesse jamais d'être un *agent libre*. Sa liberté réside dans l'empire qu'il a sur ses intentions et donc sur le *sens* de ses actes. On ne peut lui confisquer l'autorité qu'il détient sur ses propres motifs sans lui ôter ipso facto la

75 Cf. M. KALUSZYNSKI, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. V, 2008: <http://champpenal.revues.org/6183>.

76 J. BOUVERESSE, *La connaissance de l'écrivain*, Marseille, Agone, 2008, p. 9.

77 Dire « vous auriez pu tuer quelqu'un » n'a pas le même sens que « j'aurais pu sortir un double six aux dés »: c'est pourquoi on ne peut se repasser mentalement sans trembler un épisode où, par un défaut d'attention, « on l'a échappé belle », après avoir manqué une marche d'escalier par exemple. De la même façon, s'il n'y a pas de forme passée pour « Tu viens, n'est-ce pas ? » (Wittgenstein, *Fiches*, §80, Paris, Gallimard, 2008, p. 32), il y a bien un sens à continuer de s'interroger sur les intentions de notre interlocuteur au moment où cette question lui aura été posée, quelles que soient sa réaction ou sa réponse (« Tu viens, n'est-ce pas ? » valant à la fois comme question et comme encouragement, on pourra toujours continuer de se demander: et si je n'avais pas posé la question, serait-il venu?).

78 J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 50. Il faudrait sans doute nuancer la formule, puisqu'on a des raisons de penser que le droit pénal, sans jeu de mots, n'a pas de cœur, mais est bien plutôt une périphérie, une sphère à la surface de laquelle dérivent des continents qui se nomment « rétribution », « neutralisation » ou « prévention », et dont aucun n'incarne le centre du monde pénal.

79 Il en va de même pour la « rétention de sûreté »: « le lien de causalité entre l'infraction précédemment commise et la mesure appliquée est trop distendu pour avoir une quelconque valeur » (J. ALIX, article cité, p. 67).

responsabilité⁸⁰. Or il est nécessaire de comprendre cette conduite comme signe manifeste et univoque d'intention subversive pour qu'il y ait un sens à la réprimer, ce qui est précisément impossible : aucun argument de bonne foi ne permet de justifier qu'on interprète comme signe évident de rébellion ou d'intention délictueuse la dissimulation de son visage dans un regroupement ou une manifestation. On peut tout à fait juger regrettable, peu courageux et même suspect de ne pas afficher son visage dans une manifestation publique, sans qu'on puisse pour autant donner un *contenu* à cette suspicion : cette seule considération suffit à disqualifier une telle mesure. La loi ne peut pas se substituer aux forces de l'ordre (pas davantage qu'un *barème* ne dispense de juger du niveau général d'un devoir), à qui revient de juger d'un comportement suspect, jugement qui porte sur une situation singulière. Le paradoxe est que certains comportements qui dénotent une franche hostilité à l'égard de l'autorité elle-même, comme le fait de proclamer un slogan anarchiste ou hostile aux forces de l'ordre, s'observent dans plus d'une manifestation publique, sans pour autant être réprimés directement, du moins dans ce contexte. Il faut donc conclure que l'autorité politique ne sait pas *exactement* ce qu'elle prétend reprocher à un individu désigné comme « menaçant », « dangereux », ou « à risque », d'où la tendance de tout droit pénal draconien à réduire le sujet de droit à du *non-humain* –

80 La loi du 19 juin 2009 vise en effet celui qui dissimulerait son visage « *afin de ne pas être identifié* » : or la difficulté porte moins sur l'appréciation de tels signes que sur la détermination des *raisons* de ne pas vouloir être identifié, dont certaines ne relèvent ni de près ni de loin de la législation. Quelqu'un peut souhaiter grossir anonymement le nombre des manifestants, et dissimuler sa présence à sa famille ou à son employeur. Réserveons la question, peu pertinente ici, de savoir s'il y a un contradictoire à *manifester en dissimulant son identité*, puisque la loi, fort heureusement pour le genre humain, n'a pas pour fonction de sanctionner l'inconséquence.

animal, diable, chose ou élément d'une statistique⁸¹ -- où il ne s'agit même plus d'imposer aux individus le sens de leurs propres actes, mais de les considérer de façon mécanique, comme on surveille les signes avant-coureurs d'une éruption volcanique. Nous voilà alors transportés dans un domaine de signes qui occasionne toutes les fantaisies herméneutiques. Comme l'écrivait déjà Hans Magnus Enzensberger en 1964 :

Ce qui paraît surtout irriter la législation moderne, c'est la « résistance aux pouvoirs publics ». Quand il est question de cela, les textes perdent facilement leur calme apparent. L'écume vient à la bouche de leurs défenseurs, un trouble anodin devient un « attroupement », le passant un délinquant. La fureur avec laquelle son délit est puni montre l'insécurité de notre ordre public, l'envers de sa puissance.⁸²

Cette imprécision et cette confusion mêmes en rendent délicate la critique, et il n'est pas facile de déterminer le genre d'arguments qu'on doit opposer à une telle dérive. Si un consensus se dessine, y compris chez ses défenseurs, quant à son caractère anti-humaniste ou du moins anti-libéral⁸³, cette logique pénale de l'hostilité

81 Dire de l'homme qu'il est un « *loup* » pour l'homme, c'est refuser d'en faire un *diable* (cf. Spinoza, *Traité politique*, chap. II, §6), mais c'est aussi potentiellement faire disparaître l'individu au sein de la *horde* (sur ce point, je renvoie à l'intervention de D. Lagorgette dans ce même recueil). On notera aussi, en particulier sous l'impulsion des logiques actuarielles, le « processus de réification, construit autour de la rhétorique du risque », qui « nous éloigne du registre de l'humain pour nous introduire dans le monde des choses », où l'homme devient « une chose pour l'homme » (C. APETRIOAIE et C. DJUISSI SIGHA, « *Homo homini res est?* Dangerosité et droit au Canada », in *La dangerosité saisie par le droit pénal*, op. cit., pp. 249-250). J'ajouterai enfin ces métaphores reprises *ad nauseam* que sont le « virus de l'islamisme » ou le « fléau du terrorisme », et qui posent encore un autre type de question.

82 H. M. ENZENSBERGER, *Politique et crime*, op. cit., p. 28.

83 Cf. M. DELMAS-MARTY, article cité, pp. 478-479.

semble toujours osciller entre raison d'État, protection inconditionnelle des honnêtes gens, et rêve impossible de réduire tout élément d'incertitude, tout écart entre ce que dicte la norme et les conduites individuelles effectives⁸⁴. On a bien le sentiment que c'est le même *esprit* qui guide des mesures comme la « rétention de sûreté » ou la loi sur « l'occupation illégale de hall d'immeuble », mais c'est peut-être seulement parce qu'elles sont défendues par les mêmes personnes, ou bien parce qu'elles visent le même genre de personnes – le *mauvais genre*: les *outsiders*, ceux dont on peut dire que, délibérément ou non, ils se situent dans un *en-dehors*, quel qu'il soit. On peut ainsi faire remarquer contre Schmitt que la désignation de l'ennemi est une façon commode d'effacer ses propres contradictions, si comme le disait Montaigne « il y a autant de différence de nous à nous-mêmes que de nous à autrui »⁸⁵. Mais attaquer un « esprit », ou dessiner des « généalogies », comme les disciples de Nietzsche ou de Foucault, c'est au fond s'abandonner aux facilités du procès d'intention et de la confiscation du sens, et ainsi employer les mêmes armes que celles qu'on demande à l'adversaire de déposer. Nous avons donc besoin d'une argumentation plus solide; demandons-nous à quelle opération nous nous livrons lorsque nous statuons sur ce qui représente une menace.

Délibération et sens du pénal

On ne *constate* pas une menace: on en juge. Désigner un comportement comme dangereux ou menaçant constitue de la part du législateur un jugement « réfléchissant »⁸⁶, lui-même adossé à un jugement de

valeur dont les significations ultimes sont les suivantes: nous ne *souhaitons* pas que nos concitoyens se comportent de cette façon, et nous *préférons* une société dans laquelle ce comportement est regardé comme celui d'un ennemi plutôt que d'un concitoyen, et comme outrepassant de ce fait les limites du droit pénal ordinaire. En ce sens, il n'est donc pas exact que « légiférer n'est pas juger »⁸⁷, et on doit admettre au contraire que l'acte de légiférer ou d'énoncer la loi est aussi un certain *genre de connaissance*, dont l'objet n'est autre que les conduites sur lesquelles la loi statue.

Dans *Le Politique*, Platon recourt à une comparaison bien faite pour mettre en évidence les limites de l'art législatif: pensons au médecin qui, partant séjourner à l'étranger, laisserait des indications de traitement mais qui, de retour plus tôt que prévu, refuserait de revoir ses prescriptions en fonction de l'état de son patient.⁸⁸ Une telle attitude ne susciterait-elle pas « le plus magnifique éclat de rire »⁸⁹? Cette critique bien connue de la loi dans sa généralité, face au caractère changeant des affaires humaines, ne doit pourtant pas masquer l'essentiel: le fait que ce qui lie les deux sens de « prescrire » (législatif et médical) n'est pas seulement d'ordre métaphorique, dans l'esprit de Platon. La loi vise à soigner, et c'est précisément la raison pour laquelle Platon voyait comme un « sujet de honte » tout projet de droit pénal dans la cité idéale qu'il projetait⁹⁰: la législation pénale, même si elle connaît des altérations, est destinée à rester, et il semble donc absurde au philosophe de la déduire d'une théorie politique qui présupposerait son propre échec (pourquoi prévoir des sanctions sinon parce que même le meilleur des régimes

84 L. WITTGENSTEIN, *Fiches*, §440, *op. cit.*, p. 106: l'idée d'un « règlement idéal » de la circulation automobile est dépourvue de sens.

85 MONTAIGNE, *Essais* II, 1.

86 KANT, *Anthropologie*, I, §43, Paris, GF-Flammarion, 1993, p. 147: « Si l'entendement est ainsi la faculté des règles, la faculté de

juger est celle de découvrir le particulier en tant qu'il est un cas où s'applique cette règle ».

87 M. REVAULT D'ALLONNES, in H. ARENDT, *Juger*, *op. cit.*, p. 230.

88 PLATON, *Le Politique*, 295c-d, in *Ceuvres complètes*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1950, pp. 401-402.

89 *Ibid.*, 295d-e.

90 PLATON, *Les Lois*, L. IX, 853c, *op. cit.*, p. 113.

ne sera jamais entièrement obéi?). C'est donc qu'elle vise un autre but : non pas *exprimer*, mais contribuer à *réaliser* la justice. Ainsi, malgré le caractère potentiellement trompeur du mot *prescrire* (car *commander* n'est pas *conseiller*⁹¹), la métaphore est éclairante. En effet, de la même façon que la médecine ne peut entièrement prévoir le cours ni les formes changeantes d'une maladie, la loi dans sa généralité se trouve limitée de l'intérieur, par le destin imprévisible des actions particulières. C'est le cas lorsqu'une forme de délit déborde pour ainsi dire de sa catégorie, ou par exemple lorsque le crime organisé prend des proportions telles qu'il en devient un rival de l'État lui-même.

La loi ne peut connaître intégralement l'objet même auquel elle s'applique. Le législateur ne peut donc jamais *prendre congé* et considérer que la loi, dans sa généralité, met fin à toute discussion⁹². Mais c'est aussi pourquoi punir, c'est *agir*, et non *réagir*, contrairement à ce qu'indique le sophisme lockéen qui fait du droit de punir un prolongement de la légitime défense⁹³. Nous pouvons alors dire avec Hannah Arendt que revenir au politique, c'est justement assumer une pensée de l'action, plutôt que de chercher refuge dans la seule *légitimité* d'une législation. Conjurant « l'oubli du politique »⁹⁴, c'est revenir à l'exercice du jugement, c'est-à-dire à la conscience que toute action est limitée de toute part, en particulier pour des raisons éthiques, y compris à l'égard de celui qui se déclare notre ennemi. Le statut de criminel ou d'ennemi ne délie aucunement l'État de toute responsabilité : l'ennemi, quand bien même il se placerait de lui-même hors de toute limite (en particulier morale), n'affranchirait pas pour autant l'État de droit des limites par lesquelles il se définit lui-même et auxquelles

il doit, en sus de la seule puissance, son existence. On peut en effet émettre des réserves sur le raisonnement qui semble justifier, chez Günther Jakobs, le droit pénal de l'ennemi. Jakobs identifie une tension entre *mode* et *condition d'existence* de l'État : invoquant la nécessité (la réalité d'un « environnement hostile »), il fait remarquer que l'État de droit ne peut exister par la vertu de sa seule essence (« en pensée »), mais qu'il doit en partie se renier lui-même pour assurer son existence⁹⁵. On aura pourtant du mal à justifier par ce genre de dialectique excessivement générale, simple reprise de l'argument de Créon dans l'*Antigone* de Sophocle (il faut savoir sacrifier famille et amis à l'État pour protéger famille et amis), une disposition comme la rétention de sûreté, dont on serait bien en peine de montrer que l'abrogation mettrait la sécurité de l'État en danger : en réalité, il est tentant de considérer que cette disposition est moins inspirée par un principe de sauvegarde de l'État, que par un populisme pénal qui s'adresse à la société des honnêtes gens.

On ne saurait exiger de la théorie politique ce qu'elle ne peut fournir : un critère objectif nous permettant de décider si une peine ou une disposition préventive est *nécessaire et proportionnée*, par exemple dans les cas de présomption de terrorisme. Voilà qui implique aussi de se délivrer de l'illusion selon laquelle les limites du concept de délinquant ou d'ennemi fourniraient ipso facto les limites de ce qui peut être entrepris à l'égard du délinquant ou du criminel concret : seules des considérations déontologiques peuvent remplir cette fonction. L'État lui-même est juge au sens où les limites qu'il fixe et se fixe impliquent un jugement sur l'acceptable ou le légitime, et pas seulement sur l'efficace.⁹⁶ Il ne s'agit pas de nous réfugier dans la seule invocation de l'éthique, au sens où

91 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVI, *op. cit.*, p. 282.

92 Cf. P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris, Puf, « Quadrige », 2009, pp. 43-44.

93 LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, §13, *op. cit.*, p. 11.

94 M. REVAULT d'Allonnes, in H. ARENDT, *Juger*, *op. cit.*, p. 229.

95 G. JAKOBS, article cité, pp. 7-18.

96 Cette hétérogénéité de plan entre les intentions et les moyens au service d'une fin correspondrait assez bien aux ambivalences de la notion aristotélicienne de « choix préférentiel » (*proairesis*). Cf. P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, *op. cit.*, pp. 119 *sqq.*

la déontologie viendrait seulement corriger ou amender *a posteriori* les pratiques pénales⁹⁷. Pas plus qu'il ne peut se substituer à une réflexion de nature juridique, ce souci éthique ne doit être un moyen d'éviter la « question de grande importance » posée par Hobbes : « par quelle porte s'introduisent le droit, l'autorité, qui habilitent, dans quelque cas que ce soit, à châtier ? »⁹⁸. Le *sens du pénal*, en tant qu'il est une composante du sens du politique⁹⁹, doit rester ouvert, ce qui exige d'abord de ne pas traiter le champ pénal comme quelque chose qui relèverait purement du fait, comme un mal nécessaire, une simple mesure de prudence ni une technique de gouvernement. Ouvrir la question du sens du pénal, c'est par exemple reconnaître que s'exprime parfois une franche hostilité à l'égard de l'État et du « bien commun », mais que c'est un exercice du jugement que d'en penser la diversité des manifestations et d'évaluer la menace effective que chacune représente. Dire qu'il est juste de punir, c'est-à-dire en premier lieu de considérer comme crime ou délit tel acte ou telle menace à l'ordre public, n'implique en aucun cas de démontrer *a priori* le caractère injuste ou nuisible d'un genre déterminé de comportement¹⁰⁰. Il apparaît au contraire que n'ont rien d'absolues la *définition* et la *mesure* du risque en fonction du contexte institutionnel et social considéré, l'*appréciation* du risque lié à un comportement singulier, ni enfin le degré d'*acceptation* politique et sociale de ce risque.

Prétendre, au contraire, qu'il existe une rationalité stricte (déductive) propre à déterminer chacun de ces points, c'est réellement courir le risque de s'en remettre

à la seule source de rationalité pouvant s'appliquer universellement à l'intérieur des frontières, c'est-à-dire à la raison d'État. Contre cette logique qui revient en fait à entériner le décisionnisme, il faut revenir à la distinction élémentaire entre le « vrai » ou « ce qui est » et le « souhaitable » ou « ce qui vaut à nos yeux », et donc réhabiliter l'exercice collectif du jugement¹⁰¹. Mais il existe une différence, comme le fait remarquer V. Descombes, entre ce qui est souhaitable dans l'absolu (ce qui a une valeur) et ce que je dois faire (par exemple en tant que législateur), car on ne peut assimiler jugement de valeur et motif déterminant de l'action : « Que l'esclavage soit injuste ne signifie pas que moi, sujet pratique délibérant, je doive lutter pour que cette institution soit abolie »¹⁰². De la même façon, on peut considérer qu'il est regrettable de cultiver un attachement nostalgique pour la période vichyste, mais c'est encore un autre jugement qui nous enseigne que nous devons le combattre et sanctionner par la loi toute apologie de l'État vichyste ou de la personne de Pétain, mais *pour un ensemble de raisons hétérogènes*, de nature morale, historique et politique. Il est en effet également regrettable qu'un individu aspire à la domination du genre humain par les martiens ou par les insectes, mais nul ne jugera qu'il soit utile, pertinent, bénéfique, et peut-être même pour toutes ces raisons réunies, *juste*, de sanctionner pareil illuminé. Contrairement à ce qu'affirme Kant, il n'existe pas de

97 Cf. V. DESCOMBES, *Philosophie du jugement politique*, Paris, Seuil, « Points », 2008, p. 209.

98 HOBBS, *Léviathan*, chap. XXVIII, *op. cit.*, p. 331.

99 Cf. H. ARENDT, *Qu'est-ce que la politique?*, Paris, Seuil, « Points », 1995, pp. 63 *sqq.*

100 Comme Hobbes tentait de le faire en montrant que professer contre la religion officielle était en soi nuisible, donc devait être puni (*Léviathan*, chap. XXIX, *op. cit.*, p. 347).

101 V. DESCOMBES, *Philosophie du jugement politique*, *op. cit.*, p. 200.

102 V. DESCOMBES, *op. cit.*, p. 221. Descombes s'appuie sur le §33 de *L'intention* d'E. ANSCOMBE (Paris, Gallimard, 2002, p. 111) : « Il est évident que je peux décider en vertu notamment de considérations générales sur les coloris, qu'une robe dans la vitrine d'un magasin m'irait très bien. Il ne s'ensuit pas pour autant qu'on puisse m'accuser d'être inconséquente si, sur ce, je n'entre pas pour l'acheter ; et cela, même s'il n'y a aucun obstacle comme le manque d'argent par exemple. ».

concept de « l'action punissable »¹⁰³, puisqu'aucune contrainte logique ne pèse sur le législateur pour adopter telle ou telle loi pénale : ou plus exactement, quand bien même nous pourrions montrer qu'il existe des actions en elles-mêmes répréhensibles (par exemple le meurtre qui serait en soi un mal moral), rien ne nous indiquerait que nous *devons* les punir, et encore moins *comment*. L'argument rétributif est donc impuissant, qui dit que le criminel a *voulu* son geste (« il l'a bien cherché », « il aurait pu s'abstenir »¹⁰⁴), car il ne pourra jamais nous indiquer *comment* punir, ni *ce qui est puni* dans une action, lorsqu'elle l'est. L'imputation métaphysique et la foi du charbonnier placée dans le libre-arbitre ne font que dissimuler ce fait que la loi pénale ne se contente pas de *réagir* au crime, mais qu'elle le *désigne comme tel* et le fait exister dans la sphère du droit. Affirmer que le crime et l'acte d'hostilité constituent un mal moral et un dévoiement du libre-arbitre dont le criminel s'est rendu seul coupable satisfera sans doute le sens commun, mais le droit a tout à gagner à se garder de prétendre restaurer la morale¹⁰⁵ : comme le fait remarquer Spinoza, « quels ne

sont pas les maux ayant leur origine dans le luxe, l'envie, l'avidité, l'ivrognerie et autres passions semblables ? On les supporte cependant parce qu'on ne peut les prohiber par le pouvoir des lois et bien que ce soient réellement des vices »¹⁰⁶. Existe-t-il malgré tout un point de vue, qui ne serait pas celui d'une norme transcendante, mais qui permettrait de juger qu'une législation pénale est bonne ou non, au sens le plus large et usuel de ce terme, c'est-à-dire désirable ou non ?

Lorsqu'on parle d'une « mauvaise loi », on ne veut pas dire qu'il existe un unique critère permettant de la déclarer mauvaise absolument, ou mauvaise en tant qu'elle serait l'expression univoque d'une mauvaise législation ou d'un mauvais système¹⁰⁷ : divers éléments d'appréciation servent au contraire de matière au jugement. On utilise une pluralité de critères également légitimes, mais non commensurables, dont la mesure et l'unité ne proviennent que de la forme même de la délibération, dans un temps et un espace démocratiques¹⁰⁸. Il y a un lieu et un moment où tout ce qui rapproche une diversité de personnes est *ce* lieu et *ce* moment, fusse une salle des pas perdus, et pourtant il s'agit *bien* d'un point commun : on ne fait pas les cent pas dans une pièce vide comme au milieu d'autres personnes¹⁰⁹. De la même façon, une logique pénale ne se développera pas sans tenir compte d'interprétations ou de soucis également légitimes, et parfois concurrents.

103 KANT, *Métaphysique des mœurs*, II, *Doctrine du droit*, §49 : « La loi pénale est un impératif catégorique. [...] Une peine, personne ne la subit parce qu'il l'a voulue, mais parce qu'il a voulu une *action punissable*. » Si en effet l'acte n'est punissable qu'en vertu de la loi positive, on ne voit pas ce que cette remarque apporte à l'argumentation kantienne : une chose est de dire que *punir* est un devoir, autre chose de dire que *telle* peine doit être infligée.

104 Wittgenstein demande : « Quel est le critère de vérité quand on dit que j'aurais pu faire quelque chose d'autre, ou choisi autrement ? » (*Leçons sur la liberté de la volonté*, *op. cit.*, p. 41). Le philosophe admet en revanche que « le tribunal nous donne une certaine idée de ce que nous appelons libre, responsable » (p. 33), et c'est pourquoi il peut paraître absurde d'imputer une culpabilité sans responsabilité, par anticipation de délits non commis.

105 Ce qui n'empêche pas une parenté : « Les problèmes juridiques et moraux ne sont pas du tout les mêmes, mais ils ont une affinité certaine les uns avec les autres, parce qu'ils présupposent tous le pouvoir de juger », écrit ainsi Arendt (*Responsabilité et jugement*, Paris, Payot, 2009, p. 53).

106 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, chap. XX, *op. cit.*, p. 331.

107 Contrairement à ce qu'affirme Aristote, qui pêche une fois n'est pas coutume par excès de rationalisme : « Nécessairement les lois sont bonnes ou mauvaises, justes ou injustes, en même temps et de la même façon que les constitutions elles-mêmes » (*Politique* III, 11, Paris, Vrin, 1995, p. 221).

108 Cf. P. AUBENQUE, *La Prudence chez Aristote*, *op. cit.*, pp. 116-117.

109 Je prolonge une remarque du *Cahier brun* : « Quand nous disons que deux personnes évoluent dans des cercles différents, cela ne veut pas dire qu'elles ne puissent se promener dans des quartiers identiques » (L. WITTGENSTEIN, *Le Cahier bleu et le Cahier brun*, Paris, Gallimard, « Tel », 1996, p. 244).

En d'autres termes, la rationalité propre au politique « se conçoit comme une force de structuration et de régulation des activités humaines, et non comme une instance fondatrice »¹¹⁰, qui doit ouvrir et non prétendre clore les problèmes auxquels nous sommes confrontés collectivement, dans leur hétérogénéité même.

Entre le fait de considérer une action comme non souhaitable, la pertinence qu'il y a à la déclarer illicite et le caractère plus ou moins judicieux de la peine prévue, il n'existe donc pas de mesure fixe ni de transition nécessaire. Inversement, on pourra contester une peine parce qu'elle est inique, inefficace, absurde ou encore mauvaise pour la société qui l'infligerait, et dans ce cas on jugera selon le *juste*, selon *le fait*, selon le *vrai* ou encore selon le *bien*. En fait, il y a toujours des raisons plus ou moins valables de critiquer une disposition pénale; mais c'est sans doute quand il n'existe qu'une *seule* (quoique apparemment bonne) raison de la défendre, qu'il convient d'être le plus circonspect. Il ne suffit pas, par exemple, de décrier une loi au seul motif qu'elle est « de circonstance » (car à ce jeu toutes le seront); mais on peut le faire si c'est là manifestement sa seule raison d'être¹¹¹, et que le législateur semble avoir négligé d'autres fins tout aussi légitimes et importantes: son caractère dissuasif, efficace, sa cohérence ou sa non-redondance avec l'arsenal législatif déjà existant, son caractère moralement souhaitable, ou encore sa contribution à une société apaisée. L'équilibre entre ces différentes fins devrait sans doute être un souci constant: insister de façon trop exclusive sur la fonction de pacification sociale de la loi, c'est s'exposer à l'ironique objection de Rousseau, « on vit tranquille

aussi dans les cachots », dont les résonances à l'ère de la « vidéo-protection » et de la « rétention de sûreté » sont manifestes.

Ainsi, s'il est sans doute impossible de *définir* la peine (en général) par son *but*¹¹², il est en revanche nécessaire de se demander, lorsqu'on délibère sur une disposition pénale, quelles *fins* on entend viser et quel *sens* on compte lui donner: car nulle norme ne s'impose à la manière d'un « c'est ainsi »; nulle ne se justifie comme on se contente de *décrire* une réaction ou un réflexe. Si je me mets soudain et brutalement en colère, et qu'un témoin de ma fureur me demande *pourquoi*, je ne pourrai répondre que par un *à cause de* et pas par un *en vue de*: je me suis mis en colère *parce que* j'ai été odieusement provoqué, mais de ce que je compte faire de cette colère, je n'ai pas la plus petite idée. L'absence de fins visées suffit à montrer le caractère non seulement inutile mais irrationnel et certainement immoral de ma conduite: c'est une réaction qui intervient « dans l'ignorance », comme le dit Aristote¹¹³. De la même façon, invoquer la seule menace terroriste ne peut en aucun cas justifier à elle seule telle ou telle disposition pénale, ce qui reviendrait de la part du législateur à invoquer un *à cause de*, qui signifierait au mieux une absence de « maîtrise de soi »¹¹⁴, au pire le cynisme du « *c'est eux ou nous* ».

Le sens de l'hostilité est divers, tout comme les dispositions légales qui la prennent pour objet. On ne peut donc laisser dans l'ombre la responsabilité et la faillibilité de celui qui juge: *responsabilité* du corps social qui définit ce qu'il juge être hors des limites de l'acceptable; *faillibilité* aussi de celui qui juge, si on considère que le plus grand risque est de frapper l'innocent, et non de laisser échapper le coupable. Ajoutons une certaine

110 M. CANTO-SPERBER, « Les limites de la rationalité », in V. DESCOMBES, *Philosophie du jugement politique, op. cit.*, p. 74.

111 J.-F. DREUILLE écrit que « le législateur français place la dangerosité au cœur de la rétention de sûreté afin de justifier une mesure pénale qui, *avant toute autre considération*, présente un objectif de neutralisation » (article cité, p. 158; je souligne). On pourrait même dire: *à l'exclusion de toute autre considération*.

112 H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 118.

113 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, III, 2, 1110b 25-30, trad. Tricot, Paris, Vrin, 1997, p. 123.

114 Au sens qu'indique Spinoza dans le *Traité politique* (notamment au chap. VI, §8).

solidarité (et non une dépendance logique) entre un système pénal et un horizon politique que nous visons en commun, et qui intéresse nécessairement tout un chacun dans un cadre démocratique. « Il paraît impossible de soutenir sérieusement que la question première de la philosophie du droit est celle de la validité des lois. Manifestement, nous devons poser au préalable une question plus radicale, qui est celle de savoir dans quel cas et dans quel but il y a lieu de légiférer », écrit ainsi Descombes¹¹⁵. La réponse à cette question ne peut être que l'œuvre, toujours provisoire, d'une communauté démocratique qui assoit sa légitimité sur un souci de vérité et de justice¹¹⁶ plutôt que sur son seul *conatus* entendu à la mode hobbesienne, face à un monde réputé hostile.

**Synthèse pascalienne: « Pourquoi me tuez-vous? »
L'ennemi, l'étranger, l'outsider.**

La formule citée en épigraphe contient autant de vérité que d'approximation – « *opinion saine et vaine* », pour reprendre les mots de Pascal :

Pourquoi me tuez-vous? – Et quoi! Ne demeurez-vous pas de l'autre côté de l'eau? Mon ami, si vous demeurez de ce côté je serais un assassin, et cela serait injuste de vous tuer de la sorte. Mais puisque vous demeurez de l'autre côté je suis un brave et cela est juste.¹¹⁷

Se peut-il rien de plus plaisant qu'un homme ait droit de me tuer parce qu'il demeure au-delà de

l'eau et que son prince a querelle contre le mien, quoique je n'en aie aucune avec lui?¹¹⁸

Le premier fragment possède une indéniable vérité de ton : par l'emploi de ce paradoxal « mon ami », d'une ironie bienveillante, il écrase la différence entre *l'étranger* et *l'ennemi* et révèle tout l'arbitraire des rôles (l'ami, le concitoyen, le Prince, l'étranger ou l'ennemi) qui se résument à différentes mises en scène de la force. Le second met plus nettement encore en évidence, avant Rousseau ou Schmitt, la rupture entre guerre et querelle privée, entre tuer et haïr¹¹⁹. Mais l'originalité de Pascal est surtout de retravailler et de resituer sur le plan du

118 *Ibid.*, Lafuma 60.

119 Cf. C. SCHMITT, *La notion de politique*, op. cit., p. 67; *Théorie du partisan*, op. cit., p. 302. C. DIAMOND, « Le soldat nu », in *L'Importance d'être humain*, Paris, Puf, 2011, pp. 99-101. Toutefois affirmer que l'acte d'hostilité n'implique pas analytiquement un sentiment de haine relève me semble-t-il de la distinction de raison, dont les motivations ne sont pas claires : comme le fait remarquer Pascal, *l'extérieur* et *l'intérieur* se rejoignent toujours, comme dans la prière (Lafuma 944), parce que la « machine ploie » (Lafuma 25), de sorte qu'on voit mal comment celui qui entre en guerre, fût-il inspiré par les idéaux les plus nobles, pourrait la mener sans haïr ceux du camp d'en face. Combattre *s'accompagne* nécessairement de haine, ce qui peut être considéré comme un motif suffisant pour refuser la guerre : Russell souligne que « recourir à la force pour imposer sa volonté à autrui engendre un état d'esprit brutal et tyrannique [et] détruit la paix intérieure davantage que n'importe quelle infortune infligée de l'extérieur » (*Le pacifisme et la révolution*, op. cit., pp. 64-65). Mais c'est surtout une question d'intentionnalité : pour reprendre l'exemple d'Orwell que cite C. DIAMOND, on ne tire pas sur une idée, ni sur le *fascisme*, mais sur un *fasciste*, à l'égard duquel nous avons un évident motif de haine si nous considérons que le fascisme est une idéologie haïssable ; et celle-ci n'est réellement *haïssable* en un sens moral (et non seulement *absurde* en un sens logique) qu'à travers la personne de celui ou de ceux dont le cœur nous paraît assez mauvais pour l'embrasser. Celui qui pense que la guerre est un droit doit pouvoir montrer que la haine, et non seulement la colère ou l'indignation, en est un, ou bien que la haine est le prix à payer pour l'exercer.

115 V. DESCOMBES, *Le raisonnement de l'ours*, Paris, Seuil, 2007, p. 317. Mes remerciements à L. Chapuis pour avoir attiré mon attention sur ce texte de Descombes lors de ces journées d'étude.

116 Cf. P. ENGEL, « La vérité peut-elle survivre à la démocratie? », in *Rationalité, vérité et démocratie*, revue Agone, n°44, 2010, p. 51.

117 PASCAL, *Pensées*, Lafuma 51 (cité dans l'édition Le Guern, qui omet les passages raturés).

discours les célèbres métaphores montaigniennes¹²⁰, qui soulignent l'arbitraire des délimitations géographiques et politiques entre le juste et l'injuste. Le régime de la politique concrète, dont la « reine » est l'opinion et le « tyran » la « pure force »¹²¹, n'est-il pas celui d'une controverse permanente sur ce qu'il est juste d'accomplir, d'accorder ou d'interdire? « *Pourquoi me tuez-vous?* »: il n'y a rien d'autre à répondre que: *parce que j'en ai le droit* (et implicitement *parce que j'en ai reçu l'ordre*). Or il y a une différence entre *avoir le droit* et *avoir une raison* d'entreprendre une action quelconque: c'est ce point que Pascal laisse délibérément dans l'ombre, pour rendre plus éclatante la « plaisanterie » qu'il y a à prendre pour seule mesure de ce qui est légitime, la force et l'arbitraire du prince¹²².

Ces fragments ne constituent pas la transcription d'un débat doctrinal (rien de plus étranger aux *Pensées* que le modèle du dialogue platonicien), mais la mise en évidence du *credo* pascalien: en politique, il n'y a rien à discuter, car « la force est sans dispute »¹²³. Le fragment 51 subvertit une forme syllogistique élémentaire dont la majeure apparaît dans toute sa crudité: tout homme a le *droit* de tuer un homme sous certaines conditions purement conventionnelles qui séparent le concitoyen de l'étranger, et sous d'autres conditions purement subjectives qui distinguent l'étranger indifférent de l'ennemi¹²⁴. Considérons les deux propositions « je suis un brave » et « cela est juste », et demandons-nous quelle est la valeur de ce « *et* » qui les relie. Il ne s'agit pas de deux

conséquences coïncidentes, ni de deux façons différentes de parler du même acte hostile: Pascal veut-il tout simplement distinguer la loi générale de son application dans un jugement particulier? Mais on s'attendrait alors à lire: « cela [ce genre d'acte] est juste (ou injuste) » et *par conséquent* « je suis un brave (ou un assassin) ». Tout se résout en fait dans le pouvoir de désigner et de nommer: ce qui importe est que « si vous demeuriez de ce côté », vous auriez le droit de *crier à l'injustice* en *m'appelant* à bon droit « assassin ». Celui qui prend la parole ne s'attribue pas la *vertu* de courage: il affirme son droit en désignant une frontière et en dessinant deux camps: « je suis *un* brave » (l'adjectif est substantivé); le droit est de mon côté et je n'hésite pas à le faire valoir¹²⁵; on me compte parmi ceux qu'on *nomme* « braves », et peu importe que tuer en temps de guerre n'ait rien de nécessairement valeureux.

Grâce au sens aigu de la mise en scène de Pascal, nous touchons de nouveau au point fondamental: il faut davantage qu'un droit, que le caprice d'un prince, que la raison d'État ou la pression d'une opinion publique, pour pouvoir raisonnablement prétendre désigner et traiter quelqu'un en ennemi. Si on ne se résout pas, comme Pascal, à l'arbitraire de la force et des dénominations, on a besoin de raisons qui puissent être énoncées et débattues. La justice n'est pas qu'une « fantaisie » des hommes et de la géographie qui sert d'habit à la force¹²⁶: admettons au contraire que la loi, lorsqu'elle ne statue pas sur des matières indifférentes et de pure convention (comme de rouler à droite plutôt qu'à gauche de la chaussée), constitue bien une *connaissance* des conduites auxquelles elle s'applique. Encore une fois, l'interdiction de l'alcool au volant n'est pas indépendante de la connaissance que

120 Cf. MONTAIGNE, *Essais* L. II, chap. 12.

121 PASCAL, *Pensées*, Lafuma 665 et 828.

122 *Ibid.*, Lafuma 59 et 86.

123 *Ibid.*, Lafuma 103.

124 *Ibid.*, Lafuma 59: « Quand il est question de juger si on doit faire la guerre et tuer tant d'hommes, condamner tant d'Espagnols à la mort, c'est un homme seul qui en juge, et encore intéressé: ce devrait être un tiers indifférent » (hypothèse délibérément contrefactuelle).

125 Cf. *Pensées*, Lafuma 95 et 427: « être brave » a aussi le sens de « faire le brave » (d'où le terme encore en usage de « bravade »), c'est-à-dire de faire étalage de sa force ou de son rang. « Être brave, c'est montrer sa force », écrit ainsi Pascal.

126 *Ibid.*, Lafuma 60 et 767.

nous avons des effets de l'ivresse, cette connaissance étant diverse, aussi bien empirique, statistique que physiologique; chacun sait, même si ce n'est pas au même sens du mot «savoir», que ce comportement est dangereux. Une loi qui prescrit est en ce sens également une description, de la même façon que les prescriptions du médecin expriment en creux l'affection dont souffre le patient. Voilà qui suffit à montrer les faiblesses d'un positivisme étroit: une législation n'est pas une simple règle du jeu, qui ne *décrit* ni ne *régule* rien du tout (puisque les pièces du jeu d'échec ne préexistent pas à la description de leurs mouvements), et ne subsiste que par sa cohérence interne.

Si comme le soutient Arendt la politique est de l'ordre de l'action, le problème n'est plus, ou n'a jamais été, de fonder l'autorité au sens de lui délier définitivement les mains, de la soustraire à toute espèce de norme extrinsèque (ce qui selon Kelsen est impossible car contradictoire¹²⁷), mais au contraire de la renvoyer en permanence à la responsabilité de ses jugements et de ses décisions. Le criminel ne l'est pas parce qu'il l'a choisi, pas plus qu'il n'a autorité pour se proclamer innocent, mais parce que dans un passé proche ou lointain un acte de contrainte a été attaché à une action qu'il se trouve avoir commise¹²⁸; cette décision est de la responsabilité du législateur et de tout le corps social. Cela implique aussi de se méfier de la raison d'État et réfléchir tout autant aux limites posées à la soumission exigible de l'individu, qu'à celles de sa liberté, qui comme le rappelle Spinoza, ne sera jamais sans risque¹²⁹. Si en effet une restriction des libertés peut certainement se défendre au nom d'un impératif de sécurité, celle-ci doit être publiquement explicitée et débattue, plutôt que dissimulée derrière le raisonnement hypocrite que dénonçait Isaiah Berlin

(«Vous comprendrez plus tard les raisons de mon action présente»¹³⁰), et qui en l'espèce revient à soutenir les «valeurs de la démocratie» pour ainsi dire au deuxième degré: mais «un sacrifice n'augmente pas ce qui est sacrifié, en l'occurrence la liberté», souligne Berlin¹³¹; les métaphysiciens ne sont pas toujours ceux qu'on croit.

Avec la notion de «droit pénal de l'ennemi», Jakobs a fourni un cadre dont il revient aux spécialistes de discuter les contours. Nous nous demandons plus haut si un même «esprit» avait inspiré la rétention de sûreté, les lois antiterroristes restreignant les conditions de circulation des citoyens, ou le durcissement de la justice des mineurs. Il reste tentant en effet de dire que ce qui forme l'unité de ce «droit pénal de l'ennemi» et du lexique de la «dangerosité» qui l'accompagne, c'est ce qu'ils visent en esprit, c'est-à-dire un en-dehors vague, paradoxe d'une société ouverte – un en-dehors des *formes* admises des modes de vie, des mœurs sexuelles, de la pratique de la foi, ou des moyens de la contestation politique: en-dehors géographique ou culturel sous la figure du terroriste; en-dehors des pratiques sexuelles «entre adultes consentants» dans une société par ailleurs marquée par un hédonisme et une obscénité qu'on peut sans pudibonderie déplorer; en-dehors du consensus de l'économie de marché sous la figure des altermondialistes, de «l'ultra-gauche»¹³² ou des activistes écologistes; en-dehors des formes de la contestation *courtoise* qui s'exprime dans la langue légitime et largement impuissante de ces lignes¹³³, avec cette interrogation insidieuse: pourquoi manifester bruyamment et violemment alors que nous bénéficions,

127 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 344.

128 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, IV, §27, op. cit., p. 120.

129 SPINOZA, *Traité théologico-politique*, XX, op. cit., p. 331.

130 I. BERLIN, «Les deux conceptions de la liberté, in *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1988, p. 197.

131 *Ibid.*, p. 174.

132 Chacun garde ainsi en mémoire la calamiteuse affaire du «groupe de Tarnac» (*Le Monde* daté du 27 février 2012).

133 Cf. P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, «Points», 2003, notamment pp. 77 sqq.

privilège rare et envié, d'une confortable liberté d'expression? En réalité, sans même avoir besoin de recourir à cette notion bien vague « d'esprit », on peut admettre qu'effectivement, pour différentes qu'elles soient, ces dispositions ont été adoptées pour le même ensemble de raisons: une boussole n'est pas une casquette, mais c'est pour le même genre de raison, par exemple pour partir en balade ou en randonnée, que je me munis de l'une et de l'autre. Et pourtant, rien dans le fait de partir en balade ne me contraint absolument ni à l'une ni à l'autre. L'imprévoyance de celui qui partirait pour l'Everest en costume de bain apparaîtrait certes d'elle-même, mais il ne faut pas oublier le ridicule bien moins rare de celui qui sort tout harnaché pour effectuer sa modeste balade dominicale. Si nous voulons une image des différentes législations pénales dans leur unité et leur diversité, considérons des promeneurs partant en randonnée, et nous aurons une assez bonne idée du genre d'opération qui nous fait juger de leur « équipage », pour reprendre un mot de Pascal¹³⁴. Nous démasquerons ainsi bien des législations fardées et boursoufflées, des « reines de village »¹³⁵ ridicules et inutilement voyantes.

Le propos n'est pas nouveau, et la philosophie ne nous enseigne probablement rien de plus sur ce point que nous ne sachions déjà. Mais après avoir examiné cette question à la fois *difficile* et *élémentaire* qu'est la distinction entre l'ennemi et le criminel, nous pourrions je l'espère dire avec Descombes que « nous ne sommes nullement déçus, car ce que nous cherchions n'était pas vraiment cette réponse (nous la connaissions déjà), mais un moyen de l'accepter comme la bonne réponse. »¹³⁶ Ce que nous savions déjà, c'est qu'il est indu, irrationnel et dangereux d'étendre imprudemment la catégorie d'ennemi dans

le but de complaire à une opinion publique devenue frileuse et jalouse de sa tranquillité. S'il n'existe pas de fil d'Ariane dans les labyrinthes de l'hostilité, peut-être pouvons-nous alors, au moins, nous garder d'élever sans cesse de nouveaux murs imaginaires qui, plutôt que de nous protéger contre d'invisibles menaces, enferment toujours un peu plus notre intelligence. D'une guerre l'autre, Bertrand Russell nous interpellait déjà, il y a un siècle tout juste, en des temps plus durs: « Nous craignons l'ennemi étranger, qui tue les corps, davantage que nous ne craignons l'ennemi en nous, qui tue les âmes. L'âme d'une nation, si elle est une âme libre, sans servilité ni tyrannie, ne peut pas être tuée par un ennemi extérieur, quel qu'il soit »¹³⁷.

134 *Pensées*, Lafuma 586.

135 *Ibidem*.

136 V. DESCOMBES, *Le complément du sujet*, Paris, Gallimard, 2004, p. 12.

137 B. RUSSELL, « La guerre et la non-résistance », *Le pacifisme et la révolution*, op. cit., p. 76.

