

Gregory Bligh

RÔLE ET IMPORTANCE DE *LAW, LIBERTY, AND MORALITY*
DANS L'ŒUVRE DE H.L.A HART

Les ouvrages qui font l'objet de cette contribution sont deux cycles de conférences prononcées par le juriste oxonien H.L.A. Hart au début des années 1960. Le premier cycle, intitulé *Law, Liberty and Morality*, fut publié en 1963, et prononcé l'année précédente à l'Université de Stanford¹. Le second cycle s'intitule *The Morality of the Criminal Law* et fut prononcé à l'Université hébraïque de Jérusalem en 1964².

Nous chercherons ici à resituer le contexte dans lequel ces ouvrages sont parus, ainsi que les grands points du débat au sein duquel ils prennent place. Nous approfondirons ces thèmes dans l'introduction de la traduction de ces cycles de conférences que nous proposerons sous peu. Pour l'heure, nous ne dirons rien que les lecteurs des travaux de Hart ne sachent sans doute déjà, mais peut-être n'est-il pas inutile de réaliser ce bref exposé des thèses qui s'affrontent pour l'intelligibilité du présent volume. Nous nous concentrerons essentiellement ici sur le premier ouvrage.

Law, Liberty, and Morality s'inscrit dans le contexte de la vague de libéralisation des mœurs durant les années 1960, et c'est un ouvrage qui constitue le grand plaidoyer (certains parlent même de « manifeste ») en faveur de la libéralisation de l'homosexualité dans le monde anglo-saxon³. Le débat qui oppose Hart au juge

1. H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1981 [1963].

2. H.L.A. HART, *The Morality of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

3. Peter Campbell décrit *Law, Liberty, and Morality* comme « la chose la plus proche que nous avons d'un manifeste », cité par N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart : the Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 221 n. Thomas Nagel écrit : « *Law, Liberty and Morality*, published in 1963, served as the philosophical manifesto for the explosive increase in sexual toleration and respect for privacy that we have seen since that time, and it had a large impact on the development of both morality and law » (T. NAGEL, « The Central Questions », *The London Review of Books*, 27, 3 février 2005, p. 12-13, article disponible sur <http://www.lrb.co.uk/v27/n03/thomas-nagel/the-central-questions>).

conservateur Lord Devlin dans cet ouvrage est devenu un véritable classique de la philosophie du droit, et il continue d'être lu par quasiment tous les étudiants en droit, en sociologie et en sciences politiques du monde anglo-saxon⁴. Il a été décrit comme « l'un des documents les plus importants du libéralisme politique moderne »⁵, et fait, aujourd'hui encore, l'objet de débats dans le milieu académique⁶. Ce débat mérite donc sans doute plus d'attention qu'il n'a reçu jusqu'à présent en France. Par ailleurs, ces deux cycles de conférences procurent un point d'entrée accessible à la philosophie du droit pénal de Hart, dont les principales contributions en la matière ont été réunies dans son recueil d'articles *Punishment and Responsibility*⁷.

Par un hasard de calendrier, la journée d'études dont les actes sont publiés dans le présent volume portait sur un sujet d'actualité. Nous nuancerions cependant les parallèles que l'on peut tirer avec le débat contemporain étant donné que les questions sont quelque peu différentes. En effet, la question de la *criminalisation* injustifiée (et donc la marginalisation) d'un comportement – le sujet de ces conférences de Hart – n'a rien à voir avec la question de la *reconnaissance institutionnelle* de situations sociales nouvelles. La position adoptée face à la première interrogation n'entraîne pas logiquement l'adoption d'une position donnée face à la seconde. La question de la *tolérance* d'un comportement dans une société libérale (qui est l'enjeu de la première question) est distincte de la question de l'intégration de ce modèle de comportement dans la conception officielle de la norme ou du *paradigme* (en lui octroyant par exemple une place formellement

4. N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart : the Nightmare and the Noble Dream*, p. 1-2.

5. C'est ce qu'écrit notamment le philosophe Thomas Nagel dans : TH. NAGEL, « The Central Questions ». La biographe de Hart, Nicola Lacey, écrit que : « *This book [Law, Liberty, and Morality] stands, over 40 years after its publication, as the resounding late twentieth-century statement of principled liberal social policy. Its ideas continue to echo in both intellectual and political debates about a range of social and legal issues such as criminal justice policy, euthanasia, abortion, and human rights* » (N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart : the Nightmare and the Noble Dream*, p. 6).

6. Par exemple, l'article récent de Leslie Green prend pour point de départ la position du débat telle qu'exposée par Hart dans *Law, Liberty, and Morality* : L. GREEN, « Should Law Improve Morality ? », *Criminal Law and Philosophy*, 7, 2013, p. 473.

7. H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008 [1967]. Nous nous attardons plus longuement sur ce recueil dans l'introduction de notre traduction. Pour un exposé et une critique clairs de l'approche générale de Hart sur cette question, voir l'introduction de John Gardner à la deuxième édition de *Punishment and Responsibility* (p. xiii-liiii). Voir également la recension fort éclairante du même recueil par John Finnis : J. FINNIS, « Hart's Philosophy of Punishment », in : J. FINNIS, *Human Rights and Common Good, Collected Essays Vol. III*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 153. Le professeur van de Kerchove se penche également sur ce thème dans sa contribution au présent volume : M. VAN DE KERCHOVE, « Moralité du comportement et moralité de la loi pénale : pour une éthique de l'intervention pénale ».

équivalente au sein d'une institution régissant l'organisation de la vie familiale qui jusqu'alors l'en excluait). Quelle que soit la position de chacun dans ce débat de société, nous pouvons voir que ce n'est pas le sujet de ces conférences. Cela dit, il ne fait aucun doute que les ouvrages de Hart ont joué un rôle majeur concernant la libéralisation de l'homosexualité sans laquelle la question du mariage entre personnes de même sexe n'aurait jamais pu intervenir.

Néanmoins, comme nous venons de le dire, ces conférences ne portent que sur la première interrogation, et il s'agit en effet pour Hart d'établir si :

- Le seul fait qu'un acte – une pratique homosexuelle en l'occurrence – soit immoral au regard de la morale socialement acceptée suffit-il à justifier la mise en œuvre du droit pénal pour sanctionner ce comportement ? Autrement dit, l'immoralité doit-elle constituer un crime en elle-même ?
- Ne doit-on pas plutôt également exiger la preuve d'un élément supplémentaire, comme par exemple le fait que l'acte ait causé un tort à autrui ?
- Si l'on répond « oui » à cette deuxième question, alors doit-on comprendre que ce sont seulement les *conséquences* de l'acte qui justifient la sanction, et non pas seulement l'immoralité du comportement ?

***LAW, LIBERTY, AND MORALITY* ET LE MORALISME JURIDIQUE**

Le contexte de ces interrogations est le suivant : en 1957 la Commission Wolfenden sur les délits d'homosexualité et de prostitution publie un rapport qui fait grand bruit, et qui propose d'une part de dépénaliser les pratiques homosexuelles entre adultes consentants dans un cadre privé, et d'autre part de dépénaliser la prostitution pour n'en sanctionner que les manifestations publiques – à savoir les actes de racolage sur la voie publique⁸.

Le rapport défend l'idée selon laquelle la fonction du droit pénal est de préserver l'ordre et la décence publique, et de préserver le citoyen de ce qui lui est choquant ou nuisible (Section 13). Ainsi, la seule immoralité du comportement au regard de la morale socialement acceptée ne suffit pas en soi à justifier la mise en œuvre du droit pénal (Section 61). De ce point de vue, le droit pénal n'a donc pas pour fonction d'être le gardien de la moralité d'une société ; et la Commission considère qu'il doit exister « une sphère de moralité et d'immoralité privée » relevant strictement des choix des individus, dans lequel les autorités politiques et juridiques ne doivent pas chercher à s'immiscer.

8. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmd. 247 (1957).

Les commentateurs relèveront immédiatement la proximité entre cette thèse et celle défendue par le philosophe utilitariste John Stuart Mill dans son essai *On Liberty*. Mill écrit (chap. 1 §9) : « L'objet de cet essai est de proclamer un principe très simple (...) : les hommes ne sont autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque, que pour assurer leur propre protection ». Ainsi, « la seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de force contre un de ses membres, contre son gré, est de l'empêcher de nuire aux autres »⁹. C'est ce que l'on a appelé le *harm principle*, que Ruwen Ogien traduit par « principe de non-nuisance ». Le principe de non-nuisance se veut une extension du « principe d'utilité » (initialement développé par Bentham¹⁰) qui exige d'une politique publique, pour être légitime, qu'elle cherche à maximiser le bien-être de ceux qui y sont sujets¹¹. Le problème est que cela peut justifier quelques abus, étant donné qu'il peut être rationnel de sacrifier les intérêts d'une tranche de la population si l'on estime que le bien-être d'une autre tranche en sera exponentiellement augmenté. Mill assortit donc le principe d'utilité du principe de non-nuisance, qui constitue en quelque sorte le volet négatif de l'utilitarisme en prévoyant qu'une politique publique ne peut interférer avec l'autonomie de l'individu que si celui-ci risque de porter atteinte à autrui – on ne peut donc pas simplement décider de sacrifier ses intérêts. Dans ce cas de figure-là, on voit donc qu'on ne peut user de la force à l'encontre de l'individu que s'il s'agit de préserver les intérêts d'autrui, et non pas pour chercher à maximiser son bien-être *aux dépens* de son prochain.

Le rapport Wolfenden a fait couler beaucoup d'encre, et a soulevé de vives protestations, de la part notamment d'un grand juge de *common law*, Lord Devlin. Celui-ci était à ce moment-là le plus jeune juge du XX^e siècle à avoir accédé à la magistrature, au jeune âge de 42 ans (en 1948). Il réagit initialement au rapport

9. J.S. MILL, *On Liberty*, Londres, Penguin Classics, 1974, p. 68. Nous reprenons, en la modifiant légèrement, la traduction classique proposée en 1860 par Charles Dupont-White.

10. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 11-12 (Chap. I, §§1-3). Le principe d'utilité est développé par la suite par J.S. MILL, « Utilitarianism », in : J.S. MILL, *Utilitarianism and Other Essays*, Londres, Penguin Classics, 1987, p. 272.

11. Nous nous consacrerons assez longuement aux rapports ambigus entre le principe d'utilité et le principe de non-nuisance – qui est en réalité un point de discordance relativement profond entre Hart et Mill – dans l'introduction de la traduction. Cependant, dans *Law, Liberty, and Morality*, Hart ne laisse que très légèrement entrevoir cette difficulté, qu'il ne développera que durant le milieu des années 1970. Voir notamment sur cette question : H.L.A. HART, « Utilitarianism and Natural Rights », in : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 181 ; H.L.A. HART, « Natural Rights : Bentham and John Stuart Mill », in : H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 79.

Wolfenden dans un article intitulé « The Enforcement of Morals »¹², qui donne son titre au recueil d'articles publiés sur le même thème en 1965¹³. Dans ses grandes lignes, l'article de Devlin attaque frontalement les thèses de John Stuart Mill et développe ce que Hart appelle la thèse du « moralisme juridique »¹⁴. Devlin défend l'idée qu'une société ne peut pas être considérée comme un simple agrégat d'individus mais doit être comprise comme un ensemble cohérent. Ce serait le partage des idées – et notamment une morale sociale – qui *constituerait* le lien social¹⁵. Or, une société serait selon Devlin autorisée à prendre toutes les mesures nécessaires à sa propre préservation, et serait ainsi autorisée à avoir recours au droit pour protéger sa morale sociale afin de préserver les conditions d'existence du lien social. Si le droit ne remplit pas cette tâche, cela équivaudra à une autorisation implicite de ce qui est immoral et un affaiblissement de la morale sociale, ce qui aura pour effet un relâchement du lien social lui-même, et à long terme la désintégration de la société. Suivre les recommandations de la Commission Wolfenden et dépenaliser certaines pratiques considérées comme profondément immorales reviendrait donc à scier la branche sur laquelle on est assis.

C'est pour réagir à ces prises de position que Hart rédige les conférences de *Law, Liberty, and Morality* qu'il prononce à Stanford en 1962 alors qu'il est professeur invité à UCLA¹⁶. Hart s'associe dans ces conférences à la position de Mill ; mais son procédé argumentatif est des plus intéressants. Le point de départ de son raisonnement est qu'une sanction pénale est un mal : c'est une souffrance que l'on inflige à autrui. Il suppose que Devlin est d'accord avec lui sur ce point puisque Devlin cherche à *justifier* le fait d'imposer cette sanction¹⁷. Cela ne veut pas dire qu'on ne puisse pas sanctionner les comportements des individus, mais simplement que l'on doit justifier le fait de recourir à la sanction pénale, pour ne pas infliger gratuitement une souffrance à autrui. Est-ce que la pénalisation de l'homosexualité du fait qu'elle est considérée comme immorale permet d'éviter un mal plus grave ? C'est la question que se pose Hart. Si ce n'est pas le cas, alors

12. P. DEVLIN, « The Enforcement of Morals », *Proceedings of the British Academy*, 45, 1959.

13. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965 ; la conférence initiale est reproduite dans cet ouvrage sous le titre « Morals and the Criminal Law » (p. 1-25).

14. H.L.A HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 6.

15. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, p. 9-10 ; et, dans le même volume, « Mill on Liberty in Morals », p. 114.

16. C'est d'ailleurs au cours de cette année à l'étranger qu'a eu lieu le fameux débat public entre Hart et Kelsen à Berkeley en décembre 1961 dont nous n'avons (chose incroyable !) aucune transcription ni enregistrement mis à part le récit qu'en propose Hart : H.L.A. HART, « Kelsen Visited », *in* : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 286.

17. H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 19-20.

on n'a pas de bonne raison d'entraver la liberté d'action de l'individu, d'autant plus qu'il s'agit de pratiques accomplies dans un contexte privé entre adultes consentants qui ne portent donc pas physiquement atteinte à autrui.

Hart introduit ensuite dans sa critique des thèses de Devlin une distinction, chère aux utilitaristes, entre « morale positive » et « morale critique »¹⁸. La morale positive est la morale acceptée d'un groupe social. La morale critique correspond à des principes généraux et rationnels que l'on peut mobiliser dans la critique morale des institutions sociales. On peut tout à fait utiliser ces principes de morale critique pour critiquer la morale conventionnelle d'un groupe social. Hart cite par exemple le cas du régime de l'apartheid, ou de la pratique du Sati en Inde¹⁹. Hart essaie de nous expliquer qu'avant de poser la question de savoir si le droit doit mettre en œuvre la morale, il faut commencer par se demander *quelle* morale ? Et la question de la morale intervient ainsi à deux endroits²⁰. La problématique de l'ouvrage devient alors : *Est-ce que la mise en œuvre de la morale par le droit est elle-même moralement justifiée ?*²¹

Hart invoque un principe de morale critique – le principe de non-nuisance – afin d'examiner la question de savoir si la mise en œuvre de la morale par le droit mérite d'être poursuivie sur la question spécifique de l'homosexualité. Par ailleurs, l'introduction de la distinction entre morale positive et morale critique permet de réinterpréter la position de Lord Devlin (selon laquelle une société peut prendre toute mesure nécessaire à sa propre conservation) comme une thèse de morale critique, car dès lors qu'il accepte de poser la question de savoir si la pénalisation de l'homosexualité est justifiée – et qu'il pose donc une question de morale critique – alors il doit offrir une justification valable à l'appui de sa position selon laquelle le droit peut mettre en œuvre la morale sexuelle²². L'effet de cette réinterprétation de la position de Devlin en thèse de morale critique est qu'il ne peut plus alors simplement invoquer en sa faveur le poids historique du fait que la

18. *Ibid.*, p. 17-20 ; H.L.A. HART, *The Morality of the Criminal Law*, p. 37. Hart développe également cette distinction dans : H.L.A. HART, « Introduction », in : J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1954, p. x-xi.

19. H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. ix. Il prend à un autre endroit l'exemple du droit nazi – ce qui constituera d'ailleurs le point central de la controverse qui l'oppose à Lon Fuller : H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », in : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 73 et s.

20. H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 17.

21. Pour une critique résolue de la position du problème telle que l'on la trouve chez Hart, voir : J. FINNIS, « Hart as Political Philosopher », in : J. FINNIS, *Philosophy of Law. Collected Essays Vol. IV*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 269-271.

22. H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 19.

morale positive de l'époque semble effectivement condamner l'homosexualité²³. La morale conservatrice n'est plus qu'une donnée sociale à soumettre elle aussi à l'examen de la morale critique.

Cette notion de morale critique peut paraître mystérieuse, et il est donc important de dire un mot à ce sujet avant d'aller plus loin. Hart indique assez clairement que ces principes de morale critique ne sont pas des principes qui se prétendent nécessairement absolus, mais seulement des principes généraux et rationnels. Il énonce également clairement qu'il s'agit de principes à mobiliser dans une critique des institutions positives, et il ne s'agit donc pas d'un modèle moral idéal auquel la morale positive devrait se conformer²⁴. Les principes de morale critique ne sont généraux que pour ce qui concerne leur *portée*, et il ne s'agit pas pour Hart de soutenir que ces principes sont universels quant à leur *validité*. Ils ne sont pas valables en eux-mêmes, et prétendent seulement à être *intelligibles*. C'est la raison pour laquelle le principe d'utilité lui-même est un principe de morale critique dans le paradigme utilitariste. Bentham et Mill ont cherché à développer un standard *externe* permettant de procéder à une critique des institutions positives qui ne repose pas sur l'énonciation des simples préférences morales et politiques de l'observateur (Bentham qualifie ces positions de « *political caprice* »)²⁵. Le principe d'utilité n'exige aucun comportement particulier, il ne s'agit donc pas d'une morale positive. Bentham a développé un standard externe dont la force est d'être accessible à chacun, étant donné que les conséquences d'une action peuvent faire l'objet d'une évaluation qui n'est pas strictement liée à l'opinion de

23. *Ibid.*, p. 18 et s.

24. Nous nous opposons donc fermement sur ce point à ce que semble soutenir Leslie Green lorsqu'il établit un rapport d'équivalence entre « moralité critique » et « moralité idéale » : L. GREEN, « Should Law Improve Morality ? », p. 476. Il nous semble également que Finnis fait ce rapprochement : J. FINNIS, « Hart as Political Philosopher », p. 271 : « *the central case of morality (...) is critical, that is justified, morality* ». Il ne voit donc pas que la morale critique ne fournit pas chez Hart de norme matérielle à suivre, et permet uniquement d'examiner les normes matérielles qui sont *déjà* positives. Par contraste, nous rejoignons Mathieu Carpentier lorsqu'il écrit que : « la morale critique n'est pas un ensemble de règles de comportement mais de critères de justification. (...) La morale critique n'a pas besoin d'être pratiquée et ne porte pas sur des comportements, mais précisément sur la réaction de la société face à ces comportements, et donc sur la morale positive elle-même » : voir, dans le présent volume, M. CARPENTIER, « Positivisme analytique et positivisme normatif dans *Law, Liberty, and Morality* de H.L.A. Hart ».

25. J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 105 (Chap. IV, §41) : « *Had the debate been originally and avowedly instituted on the footing of utility, the parties might at length have come to an agreement; or at least to a visible and explicit issue. (...) The question [would] now [be] manifestly a question of conjecture concerning so many future contingent matters of fact. (...) Here, then, we have a plain and open road, perhaps, to present reconciliation: at worst to an intelligible and explicit issue* ». Voir également : J.S. MILL, « Utilitarianism », p. 288 (Chap. II).

l'évaluateur, ou qui offre à tout le moins l'élément objectif commun dont peuvent discuter deux évaluateurs en désaccord²⁶.

Dans cette perspective, la morale critique ne permet certes pas de *prouver* qu'une politique publique – ou une mesure d'autorité quelconque – est légitime ou illégitime, mais elle permet tout de même de montrer que *l'interlocuteur* ne la justifie pas au regard d'un principe donné (comme par exemple le principe d'utilité)²⁷. La force de l'argument se situe donc dans l'intelligibilité du principe critique invoqué – de sa force probante au sein du débat en question –, et il semble que chaque paradigme soit doté de ses propres principes critiques²⁸. Le recours aux principes de morale critique acceptés dans un paradigme permet donc de placer l'interlocuteur face aux conséquences des idées qu'il soutient, et il doit alors choisir entre le fait de se rallier aux valeurs du paradigme en abandonnant sa position (du fait de l'incompatibilité des deux éléments), ou alors de rejeter ouvertement les valeurs critiques du paradigme, ce qui ne sera pas en soi « faux », mais aura pour conséquence d'affaiblir considérablement sa position auprès de l'opinion publique qui tient vraisemblablement à ces valeurs.

Il nous semble que c'est le sens dans lequel il faut comprendre les derniers passages de *Law, Liberty, and Morality* dans lequel Hart affirme : « J'ai supposé dès le départ que *quiconque* considère cette question [du bien-fondé de la mise en œuvre de la morale par le droit] comme ouverte au débat accepte nécessairement le principe critique – central à toute morale – selon lequel la misère humaine et la restriction des libertés sont des maux, car c'est là la raison pour laquelle la mise en œuvre de la morale nécessite justification »²⁹. Il est cependant concevable que l'on n'accepte pas de donner autant de poids à ce principe, auquel cas : « Il ne fait aucun doute que je n'ai pas *prouvé* que [les thèses du moralisme juridique] ne soient pas des valeurs justifiant leur coût en termes de souffrance humaine et de perte de liberté, mais peut-être sera-t-il suffisant d'avoir montré ce qui est offert à ce prix »³⁰. La distinction entre morales critique et positive permet ainsi à Hart

26. Voir dans ce sens : H.L.A. HART, « Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law », in : J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. lxxxii-lxxxiii ; H.L.A. HART, « Introduction », in : H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, p. 2 ; H.L.A. HART, « Bentham and Beccaria », in : H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, p. 45, p. 48 et s.

27. H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 20 : « il s'agit simplement d'une question de justification ».

28. Ainsi, Hart explique l'opposition entre les utilitaristes et leurs adversaires en partie comme une divergence dans les principes critiques employés par chacun ; il parle ainsi de « *divergent critical principles* » (H.L.A. HART, *ibid.*, p. 24).

29. *Ibid.*, p. 82 (nous soulignons).

30. *Ibid.*, p. 83.

d'adopter des prises de position fortes sur des questions de morale sans avoir à endosser l'épineuse tâche de démontrer leur validité.

Le principe de non-nuisance a justement cela d'efficace que personne ne souhaite a priori, dans une société libérale, voir son autonomie entravée dès lors que les actes prohibés semblent ne porter atteinte à personne. Cela permet de placer Devlin dans une situation difficile, et ce car il ne lui reste plus qu'à essayer (a) de démontrer que la pratique porte en réalité atteinte à autrui (ce qui est difficile si l'on considère que les pratiques homosexuelles visées portent explicitement sur les relations consentantes entre adultes dans un cadre privé), ou (b) de rejeter le principe de non-nuisance lui-même pour proposer un principe alternatif qui soit plus pertinent, ce qui paraît encore plus complexe dès lors qu'il s'agirait de renier les valeurs de la société libérale au sein de laquelle il évolue et de revendiquer le droit de s'immiscer dans la sphère d'autonomie de ses concitoyens.

Or, selon Hart, il y a deux manières de comprendre ce que nous dit Devlin.

1) On peut y voir un propos cherchant à avancer l'idée que la préservation de la morale n'a qu'une fonction instrumentale, car elle n'est qu'un moyen en vue d'une fin qui est la préservation de la société. Hart appelle cela la « thèse modérée » du moralisme juridique³¹, qu'il renomme plus tard la « thèse de la désintégration »³², et qu'il associe explicitement aux thèses fonctionnalistes en sociologie, comme celles d'Émile Durkheim ou de Talcott Parsons³³. Cette thèse souffre selon Hart de graves défauts, dont notamment (a) l'absence de preuve empirique que la dépénalisation d'un comportement entrainera nécessairement un affaiblissement de la norme morale qu'elle est censée mettre en œuvre ; ainsi que (b) l'absence de preuve qu'un relâchement de l'attachement d'un groupe à sa morale mène historiquement à la disparition de cette société. Hart concède que cela aurait pour conséquence des transformations de cette société, mais

31. *Ibid.*, p. 50 ; H.L.A. HART, *The Morality of the Criminal Law*, p. 37.

32. H.L.A. HART, « Social Solidarity and the Enforcement of Morality », in : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 248.

33. *Ibid.*, p. 248 ; voir aussi Hart, H.L.A., *Law, Liberty, and Morality*, p. vii. Pour approfondir la discussion de la thèse de la désintégration de Devlin, voir par exemple : P.G. FORSTER, « Functionalism and the Devlin-Hart Controversy », *British Journal of Sociology*, 37, 1986, p. 79 ; B. MITCHELL, *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, Oxford, Oxford University Press, 1967, p. 67 et s. ; R.P. GEORGE, « Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals » in : R.P. GEORGE, *Making Men Moral*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 48 et s. ; C.L. TEN, « Enforcing a Shared Morality », *Ethics*, 82, 1972, p. 324 ; R.E. SARTORIUS, « The Enforcement of Morality », *Yale Law Journal*, 81, 1972, p. 894 ; E.V. ROSTOW, « The Enforcement of Morals », *Cambridge Law Journal*, 18, 1960, p. 176 ; D.G. BROWN, « Mill on Liberty and Morality », *The Philosophical Review*, 81, 1972, p. 990 ; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, 2^e éd., Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 188.

certainement pas qu'elle cesserait d'exister. Cela ne justifie pas en soi le fait d'infliger une souffrance gratuite à toute une classe de citoyens.

Hart relève par ailleurs une tautologie dans la thèse de la désintégration qui vient au secours de l'absence de base empirique : Devlin *définit* la morale *comme* le lien social, et la société comme un ensemble d'individus réunis par ce lien social (« a society *means* a community of ideas »)³⁴. Ainsi, dire que (i) l'affaiblissement de la morale a pour *effet* (ii) un relâchement du lien social est une tautologie, car dans le schéma de Devlin les deux [(i)&(ii)] veulent dire la même chose. Le relâchement du lien social est défini à l'avance comme un affaiblissement de la morale sociale.

2) Étant donné que Devlin ne cherche pas à rapporter l'élément empirique, il semble se rabattre selon Hart sur ce qu'il appelle la « thèse extrême » du moralisme juridique³⁵, ou « thèse conservatrice »³⁶, qui revient simplement à l'affirmation de principe selon laquelle une société a le droit de chercher à préserver son identité propre, et à imposer à ses citoyens une conduite moralement bonne – au besoin par le recours au droit pénal. La mise en œuvre de la morale n'a pas alors seulement une valeur instrumentale, mais devient une fin en soi : il est bon que le droit cherche à défendre la vertu. Cette position est celle développée notamment par James Fitzjames Stephen, un grand juge du XIX^e siècle, dans un livre *Liberty, Equality, Fraternity* (1872), justement écrit en réaction à *On Liberty* de Mill. La morale sociale opère ici *en elle-même* comme une justification des pratiques pénales, et le droit pénal sert à promouvoir la vertu et chasser le vice (« *promoting virtue and preventing vice* »)³⁷. Il est intéressant de noter que l'on trouve ici deux juges de *common law* qui, à un siècle d'écart, réagissent ainsi de manière quasi-identique à un même ouvrage. Cela montre sans doute l'homogénéité intellectuelle que semble favoriser la pratique du *common law*, en créant un esprit caractéristique de la magistrature britannique.

Cette position repose sur divers arguments que Hart rejette tour à tour. Il conteste d'une part qu'il y ait une seule morale sociale, et il accuse les juges de ne pas avoir su prendre acte du pluralisme dans les sociétés modernes. Il conteste d'autre part que les juges conservateurs aient véritablement montré que « la » morale sociale serait véritablement affaiblie du seul fait que le droit positif cesserait

34. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, p. 9-10, p. 114. (nous soulignons).

35. H.L.A HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 54 ; H.L.A HART, *The Morality of the Criminal Law*, p. 38.

36. H.L.A HART, « Social Solidarity and the Enforcement of Morality », p. 249.

37. J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, Chap. IV, p. 146. Il écrit un peu plus loin : « *criminal law is a persecution of the grosser forms of vice* » (p. 149).

d'y apporter son concours. Il leur faudrait pouvoir défendre simultanément l'idée que la mise en œuvre de la morale opère bien de sorte à renforcer l'attachement d'un peuple à un code moral³⁸, et l'idée que l'absence de sanction *juridique* serait perçue comme une autorisation *morale* d'accomplir l'acte jusqu'alors prohibé (c'est ce que Hart appelle la théorie du « je condamne ou j'absous », et qu'il trouve notamment chez Lord Denning)³⁹. La notion même qu'une sanction exprime le jugement moral d'une communauté opère selon la prémisse qu'il existe bien quelque chose qui correspondrait à « la » morale sociale. Cette vision d'une Angleterre marquée par un fort degré d'homogénéité culturelle et morale, nous dit Hart, est caractéristique de la magistrature britannique, et se trouve en décalage total avec la « réalité sociale contemporaine »⁴⁰. Ainsi, non seulement cette approche « sociologiquement naïve » se contente de présumer la véracité du mécanisme sociologique sur lequel repose la fonction instrumentale de la peine ; mais elle présuppose également l'« accessibilité » de « la » morale sociale et « du » jugement de « la » société que la sanction pénale doit chercher à exprimer. L'effacement de certaines morales traditionnelles ne semble pas avoir mené à la désintégration de la société, mais à une coexistence relativement pacifique et tolérante de différents groupes sociaux.

Comme auparavant, l'absence de base empirique est compensé selon Hart par le recours à une tautologie. En effet, le schéma du moralisme juridique repose – dans sa forme extrême – sur l'identification du crime à l'immoralité, ou comme le dit Devlin, au « péché » (*crime and sin*)⁴¹. C'est cette association au stade des prémisses du crime et du péché qui permet de soutenir que la dépénalisation d'une conduite équivaut chez Devlin et Denning à ne plus considérer ce comportement comme immoral. C'est un argument tautologique parce que le fait (i) de ne pas sanctionner un comportement, n'a pas pour *effet* (ii) de lui faire perdre son statut

38. H.L.A HART, *The Morality of the Criminal Law*, p. 44 ; H.L.A HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 66-67.

39. *Hansard*, 5th Series Lords Debates, vol. 206 (1957), p. 810 : « L'ennui est que dans ces cas la loi doit condamner ou absoudre, et dans les cas comme ceux-là [de l'homosexualité, de la bestialité, et de l'avortement], elle doit condamner », cité dans : H.L.A HART, *The Morality of the Criminal Law*, p. 39.

40. H.L.A HART, *The Morality of the Criminal Law*, p. 39-40 ; H.L.A HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 63.

41. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, p. 2-5. Il est intéressant de noter à ce sujet que Lord Devlin venait d'une famille catholique et non pas anglicane. Deux de ses sœurs étaient nonnes, et l'un de ses frères était un prêtre jésuite. Devlin lui-même avait pris l'habit un temps chez les bénédictins avant de se rendre à l'université où il cessa de pratiquer sa foi. Lord Denning officia quant à lui de 1937 à 1944 en tant que chancelier du diocèse de Southwark (*Chancellor of the Diocese of Southwark*), en sa capacité de juriste expérimenté et de membre pratiquant de l'Église anglicane, où il dut juger des questions internes de droit ecclésiastique.

de comportement immoral, puisque le crime – dans ce schéma – équivaut au péché. Ainsi, dire qu'on le décriminalise revient simplement à dire qu'on ne le considère plus comme un péché. Ce raisonnement n'échappe à la tautologie que si crime et péché sont distincts, auquel cas on pourrait chercher à soutenir que la dépénalisation a pour *conséquence* que l'on ne considère plus le comportement comme un péché. Mais il faudrait alors démontrer empiriquement que l'absence de sanction conduit à ne plus considérer ce comportement comme un crime, et Devlin n'en rapporte pas la preuve⁴².

Cela étant dit, Hart ne prétend pas pouvoir démontrer que la thèse conservatrice est fautive, car nous avons vu qu'il ne pourrait le faire qu'en y opposant son propre paradigme, et Hart conclut *Law, Liberty, and Morality* en expliquant qu'il lui suffit sans doute de montrer que la grande souffrance que prétendent imposer ces juristes à d'autres, qui ne font pourtant de mal à personne, ne reposent sur aucune autre justification que le souhait pour les juges britanniques de voir leur système de valeurs imposé à l'ensemble de la société.

Il faut savoir que ce n'est qu'en 2004, avec la publication d'une belle biographie de Hart par Nicola Lacey, que le public prendra conscience de l'homosexualité refoulée de Hart qu'il avait dû dissimuler afin de se conformer aux codes sociaux de son époque⁴³. Il semble pour cette raison assez remarquable que le ton employé par les deux adversaires soit si mesuré. Hart ne cherche pas à démontrer que l'homosexualité n'est pas immorale – et c'est ce que certains lui ont reproché. Il n'y a pas de ton personnel dans ses arguments, il ne dénonce pas le conservatisme de Devlin. Il prend simplement le temps de répondre point par point aux objections de Devlin pour répondre à la question de savoir si cette norme de morale sociale mérite d'être protégée par le droit. Hart s'attache donc à démontrer ce que nous avons dit précédemment : à savoir que la thèse de la désintégration manque de base empirique et sombre dans la circularité, ou alors se rabat sur la thèse conservatrice qui ne repose sur aucune justification si ce n'est un jugement de valeur. Dans les deux cas, la très grande souffrance infligée aux homosexuels n'est pas justifiée (car il ne s'agit pas seulement selon Hart d'empêcher l'expression de goûts et de passions ponctuels, ni d'imposer aux individus de s'abstenir des crimes ordinaires, mais bel et bien de réprimer quelque chose qui va au plus profond de la

42. Il nous faut éclaircir très légèrement ce point. Hart nous explique que dans la thèse conservatrice, la préservation de la moralité sociale est une fin en soi ; mais cela n'empêche pas que la *sanction pénale* ait quant à elle une fonction instrumentale : celle de préserver et de mettre en œuvre la moralité. Ainsi, les adversaires de Hart n'échapperont pas non plus ici à la démonstration empirique que cette instrumentalité est démontrée dans les faits. La question se pose bien entendu de savoir si Hart n'impose pas à ses contradicteurs une *probatio diabolica*...

43. N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart : the Nightmare and the Noble Dream*, p. 61 et s.

personnalité et de l'épanouissement des personnes affectées⁴⁴). Ce qu'on ne savait pas, c'était que cette souffrance était également la sienne, et cela ne transparaît pas dans ses arguments. Nous trouvons donc dans *Law, Liberty, and Morality* ainsi que *The Enforcement of Morals* l'exemple d'un débat public bien mené.

POSITIVISME ANALYTIQUE ET LIBÉRALISME UTILITARISTE

Cependant, les ouvrages dont il est question aujourd'hui n'ont peut-être pas beaucoup de sens si on ne les resitue pas dans le contexte général du positivisme hartien. Pour appréhender cette question, attardons nous un instant sur les titres de ces ouvrages : « le droit, la liberté, et la morale » ; « la moralité du droit pénal ». Il peut être surprenant pour un juriste de tradition continentale de voir qu'un auteur célèbre à juste titre comme le grand positiviste anglo-saxon du XX^e siècle puisse consacrer une large partie de son œuvre à des questions de moralité. C'est une approche très différente de la théorie kelsénienne⁴⁵.

Hart avait manifestement beaucoup d'admiration pour Kelsen, mais avec une certaine note d'agacement vis-à-vis de lui et de ce qu'il semblait considérer comme une pensée extrêmement dogmatique⁴⁶. Les points saillants du positivisme hartien sont souvent développés par rapport à d'autres auteurs que nous n'avons pas l'habitude de lire, dont notamment les juristes de tendance conservatrice du monde anglo-saxon comme le jusnaturaliste Lon L. Fuller⁴⁷, mais également Lord

44. H.L.A HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 22.

45. Kelsen distingue rigoureusement les questions politiques et morales de celles qui ont trait à la science du droit. Seules ces dernières relèvent de l'objet d'étude du juriste selon Kelsen. Bien entendu, cela n'empêche pas ce dernier de traiter de questions politiques (voir par exemple H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, 2^e éd., trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004 [1932]), mais il n'entend pas alors le faire en tant que *juriste*. Nous allons voir que Hart a une conception plus large de l'objet d'étude du juriste qui correspond plutôt à la totalité des questions que l'on peut soulever concernant le droit – et cela inclut bien entendu des questions politiques et morales. Tout l'intérêt sera pour nous de comprendre comment Hart peut maintenir une position positiviste tout en définissant son objet d'étude de manière si large.

46. Hart, dont nous venons de louer le ton modéré, laisse paraître de surprenantes notes d'agacement vis-à-vis de Kelsen. On voit notamment celles-ci transparaître de manière assez claire dans une note de lecture que consacre Hart à un ouvrage de Kelsen : H.L.A. HART, « The Communist Theory of Law by Hans Kelsen », *Harvard Law Review*, 56, 1956, p. 772 et s. Il y évoque avec ironie la notion « d'hérésie au regard de la Théorie pure du droit » (p. 776), dont les formules « liturgiquement » répétées servent trop souvent à mesurer le niveau d'intelligence d'un auteur en fonction de son degré d'acceptation des thèses de la théorie pure du droit (p. 777).

47. L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law », *Harvard Law Review*, 71, 1958, p. 630 et s. Voir également L.L. FULLER, *The Morality of Law*, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 1969,

Devlin. Cela explique peut-être les différences de position entre Hart et Kelsen autour de la question du jusnaturalisme. Les conservateurs dont Kelsen essaie de combattre les thèses sont des partisans de l'Empire et des ennemis de l'idée démocratique. Les conservateurs que combat Hart sont les produits d'une culture démocratique et sont acquis à ses valeurs. Il n'y a pas la même urgence ni le même enjeu dans leurs positions respectives. Hart concède d'ailleurs de nombreuses positions naturalisantes, comme par exemple la notion d'un « contenu minimum de droit naturel » irréductible dans tout ordre juridique (*minimum content of natural law*)⁴⁸. Par ailleurs, il a dirigé la thèse de juristes comme John Finnis – l'homme qui a réhabilité la pensée juridique thomiste dans la culture juridique anglo-saxonne dans la deuxième moitié du XX^e siècle⁴⁹.

Mais alors, qu'en est-il de son positivisme ? Pour répondre à cette question, le plus sûr est sans doute de partir de son article *Positivism and the Separation of Law and Morals*⁵⁰, qu'il a d'ailleurs publié lors d'un séjour précédent aux États-Unis alors qu'il était professeur invité à Harvard en 1957. Ce texte est l'une des premières tentatives de Hart, et sans doute la plus claire, de préciser sa position sur le sujet de l'intersection du droit et de la morale – nous disons bien *l'intersection*⁵¹. La question se pose alors de savoir comment il faut comprendre ce positivisme. Hart nous donne une définition minimale et simple du positivisme comme une approche du phénomène juridique qui cherche à distinguer le droit tel qu'il est et du droit tel qu'il devrait être⁵². Une théorie du droit doit selon Hart viser la clarté (mais non pas nécessairement la pureté) de la compréhension du *phénomène* juridique : c'est-à-dire saisir le droit tel qu'on le trouve dans son milieu social. Hart résiste sur ce point au à Lon Fuller en refusant d'intégrer un critère de moralité

p. 38-39.

48. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 193 (cet ouvrage a fait l'objet d'une traduction par le professeur Van de Kerchove qui reproduit de manière extrêmement utile la pagination de l'édition anglaise en marge du texte français : H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, 2^e éd., trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2^e éd., 2005). La notion du contenu minimum du droit naturel est centrale au positivisme hartien et se trouve déjà en germe dans H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals » (p. 79-80) ; elle est également implicitement invoquée dans H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, p. 70-71.

49. Voir par exemple : J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011.

50. H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 49. Cet article est initialement paru dans la *Harvard Law Review* suivi de la réponse de Lon Fuller, « Positivism and Fidelity to Law » (voir *supra*, note 47).

51. H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 54.

52. H.L.A. HART, *Ibid.*, p. 50-51.

de la norme dans une définition du droit⁵³. Une norme juridique ne dépend pas ainsi pour sa validité de sa conformité à la morale. Le droit peut avoir n'importe quel contenu.

Bien entendu, l'idée que le droit puisse ne pas être conforme à la morale n'est rien de nouveau ; mais c'est le schéma intellectuel de Hart qui le mène à cette conclusion qui doit nous intéresser. C'est dans cet article que nous pouvons nous faire une idée claire de ce à quoi correspond son positivisme « analytique ». Il s'agit d'une distinction *conceptuelle* du droit et de la morale, à l'instar des utilitaristes qui le précèdent, John Austin et Jeremy Bentham⁵⁴. Ce qui est surprenant, vu depuis le continent, est que Hart développe une position positiviste non pas pour évacuer la question morale, mais en réaction à un problème moral. Le problème est le suivant : la loi peut être valide mais injuste, voire inique. C'est donc la possibilité même d'une règle de droit *immorale* qui force la distinction entre la norme juridique et la norme morale⁵⁵. Hart ne part donc pas d'un objet « droit » stipulativement déterminé en le distinguant d'une notion purement négative de la morale définie comme « toute norme qui n'est pas du droit ». C'est au contraire en partant de la possibilité d'un jugement moral porté sur la norme juridique que Hart peut *conclure* à l'autonomie conceptuelle du droit vis-à-vis de la morale.

Par ailleurs, et ceci interpellera à nouveau le juriste continental, c'est une clarification de la situation de l'agent moral que vise Hart dans cet article. Il reprend d'Austin et de Bentham leur « séparation *utilitariste* du droit et de la morale »⁵⁶, pour montrer que la question « qu'est-ce que le droit en vigueur ? » n'apporte aucune réponse à la question « doit-on obéir à cette règle ? »⁵⁷. Il arrive très

53. L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law », p. 630 et s.; voir également : L.L. FULLER, *The Morality of Law*, p. 38-39. Fuller défend l'idée qu'il existe une « moralité interne du droit » correspondant à une série de critères formels auxquels doit satisfaire la norme juridique, et qui seuls permettent de justifier l'exigence de loyauté du citoyen envers le droit. Le tout premier critère est que 1) l'autorité doit s'exprimer prioritairement en normes générales et non en un ensemble de commandements *ad hoc*. Par ailleurs, ces normes générales doivent satisfaire des conditions 2) de publicité, 3) de non-rétroactivité, 4) d'intelligibilité, 5) et de non-contradictoriété. Enfin, 6) les autorités ne doivent pas exiger des individus un comportement qu'il leur est impossible d'adopter ; 7) ne doivent pas introduire des changements si fréquents dans le droit que les individus ne savent plus comment orienter leur comportement (c'est ce que nous appellerions aujourd'hui l'exigence de sécurité juridique) ; et 8) il ne doit pas exister un écart trop important entre le droit tel qu'édicte et le droit tel qu'il est effectivement appliqué par ces autorités.

54. H.L.A HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 51.

55. *Ibid.*, p. 53.

56. *Ibid.*, p. 55 (nous soulignons).

57. *Ibid.*, p. 75.

souvent que l'acteur juridique se trouve face à un « dilemme humain »⁵⁸ : le comportement qui lui paraîtrait moralement le meilleur n'est pas celui exigé par les normes juridiques, et les deux peuvent être en opposition frontale. La situation de l'agent bien analysée consiste alors à dire que le droit positif est bien tel qu'on le trouve en vigueur, mais qu'il est trop inique pour qu'on y obéisse. Pour Hart, seul le positivisme permet de mettre en lumière correctement l'embarras de l'individu à qui il ne sert à rien de dire que le droit qui l'opprime n'est peut être pas du vrai droit – comme l'argumenterait plutôt Fuller. C'est bien du droit, mais l'individu peut décider qu'il est trop injuste pour qu'il s'y soumette ; et c'est cela qui correspond selon Hart au véritable message du libéralisme (« *the truly liberal answer* »)⁵⁹.

Nous apercevons donc ici la fonction de la critique morale du droit, dont les conditions sont décrites dans *Law, Liberty, and Morality* : le libéralisme dans la forme qu'en propose Hart ne mobilise aucunement une théorie ou une doctrine des droits individuels⁶⁰. En effet, Hart reprend de Bentham⁶¹ l'idée que les droits subjectifs ne peuvent pas exister ailleurs que dans le droit positif (ainsi, nous dit Hart, que dans la morale positive⁶²), et que tout discours mobilisant la notion de droits inhérents à l'individu ou à la personne humaine est inopérant. Dans cette optique, ces droits prétendument fondamentaux sont dépourvus de contenu fixe en l'absence d'une détermination officielle ou authentique et mènent

58. *Ibid.*, p. 73.

59. *Ibid.*, p. 75.

60. Il explicite d'ailleurs la profondeur de son désaccord avec la philosophie des droits individuels dans : H.L.A. HART, « Between Utility and Rights », in : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 198 ; H.L.A. HART, « Utilitarianism and Natural Rights », p. 181.

61. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 26-28 et p. 298 ; J. BENTHAM, « Anarchical Fallacies » in : *The Works of Jeremy Bentham*, vol. II, éd. Bowring, Édinburgh, William Tait, 1843, p. 501.

62. H.L.A. HART, « Natural Rights : Bentham and John Stuart Mill », p. 83. L'examen du concept de droit moral – ou extra-légal – chez Hart est analytique : on ne saurait nier la pertinence du concept étant donné qu'il est une partie intégrante de la manière dont les individus raisonnent et interagissent dans la réalité. Par exemple, nous pouvons intelligiblement concevoir que le fait de promettre à son voisin de tondre sa pelouse en son absence fait naître un droit moral extra-légal au profit de ce dernier ; et on comprend également que c'est en réalité la manière dont raisonnent les protagonistes dans cette situation en cas de rupture de cette promesse : ils invoqueront les revendications légitimes de l'un – ce qui lui était dû –, ainsi que les manquements du second. Cependant, c'est parce que ces droits moraux ne sont pas des droits fondamentaux, et relèvent simplement de normes positives (même s'il s'agit des normes de la moralité sociale et non de la moralité positive), qu'ils n'offrent aucune défense à l'individu là où le corps social cesse de reconnaître le bien-fondé de ces droits. Le contexte politique prédétermine la situation des droits des individus, et non pas l'inverse, dans le schéma hartien.

à l'anarchie des revendications politiques multiples (car le fait pour un groupe d'individus d'invoquer leurs droits fondamentaux – qui existeraient en dehors du droit positif – ne reviendrait selon Bentham qu'à invoquer unilatéralement le droit pour eux d'être dispensés des exigences de la loi). Par ailleurs, ces droits fondamentaux ne fournissent de toute manière aucune protection à l'individu face à une autorité politique qui aurait *décidé* d'abuser de ses pouvoirs (car ce n'est qu'à travers l'opération du droit positif – à savoir l'invocabilité du droit devant les juridictions – que les droits fondamentaux offrent une protection à l'individu : leur efficacité dépend donc en réalité du contexte politique qu'ils prétendent encadrer). C'est la raison pour laquelle Bentham qualifie les droits naturels ou fondamentaux de « *nonsense on stilts* »⁶³ : il ne s'agit que de revendications politiques formulées à l'encontre du pouvoir en place qui courent le risque de constituer une grave menace à la sécurité publique dans le premier cas, ou alors de demeurer parfaitement inefficaces (*nugatory*) dans le second lorsque l'individu y est véritablement en danger.

L'utilitarisme, en tant que doctrine de la liberté, a cela de particulier qu'elle repose principalement sur une théorisation de la possibilité d'une *critique* des institutions positives d'une société – qu'il s'agisse de son droit comme de sa morale sociale –, et c'est d'ailleurs là la fonction principale du principe d'utilité, comme nous l'avons vu : fournir un standard externe (qui ne dépend donc pas que des opinions de tout un chacun) permettant d'évaluer de manière intelligible la légitimité des politiques publiques. Hart semble partir du principe que la liberté du citoyen n'est pas un attribut de l'individu – elle ne résulte pas de quelconques droits fondamentaux –, mais réside dans la possibilité pour chacun d'évaluer correctement sa situation morale et de pouvoir décider ce qui constitue un juste cas de résistance ou de désobéissance. Aussi Hart reprend-il à son compte⁶⁴ la devise de Bentham selon laquelle la liberté du citoyen se situe dans la libre critique des lois auxquelles on prétend le soumettre⁶⁵. Le corollaire de ce principe est qu'un homme libre est un homme qui exige des *justifications rationnelles* adéquates des autorités et de la société lorsque celles-ci infligent des souffrances à l'individu. La résistance ne s'organise en fin de compte que par la critique morale du droit en vigueur, c'est-à-dire par le fait de soumettre les institutions juridiques à l'examen de la morale critique⁶⁶. Il s'agit là même de la *seule* chose que l'homme libre ait vraiment en son pouvoir. La liberté du citoyen se situe donc dans l'attitude critique qu'il adopte vis-à-vis du pouvoir, ainsi que dans sa vigilance face aux abus

63. J. BENTHAM, « Anarchical Fallacies », p. 501.

64. H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 53.

65. J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, p. 10 : « *under a government of laws, what is the motto of a good citizen ? To obey punctually ; to censor freely* ».

66. H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 77.

de pouvoir potentiels⁶⁷. C'est précisément le rôle qu'endosse Hart dans *Law, Liberty, and Morality*⁶⁸.

Nous voyons donc à la lumière de tout ceci que si « Positivism and the Separation of Law and Morals » conclut à une neutralité morale du concept de droit lui-même, il ne conclut pas nécessairement à une neutralité axiologique de la théorie du droit comme domaine d'étude⁶⁹. Il existe une distinction analytique du droit et de la morale. Aucun de ces deux termes ne peut être réduit à l'autre. Cependant, Hart n'entend *pas* par là que les questions morales soient bannies du *champ d'étude* du juriste, mais seulement que la moralité d'une norme n'est pas conclusive de sa juridicité, et *vice versa*. Mais alors, cela veut également dire que la question de la juridicité ne peut pas supplanter ni évacuer la question de la moralité⁷⁰, et le droit n'est que l'un des éléments d'une réalité sociale à observer. Dans tous les cas, et bien que le propos de Hart dans *Positivism and the Separation of Law and Morals* ne soit pas strictement méthodologique, cet article porte une implication qui peut nous paraître contre-intuitive : la distinction analytique du droit et de la morale a pour conséquence qu'il n'y a aucun moyen *méthodologique* d'évacuer la question morale des situations sociales que l'on observe en tant que

67. H.L.A. HART, *Ibid.*, p. 51.

68. Je chercherai à approfondir dans l'introduction de la traduction de *Law, Liberty, and Morality* et de *The Morality of the Criminal Law* la position du libéralisme hartien à l'égard des droits moraux, et je tâcherai de montrer que nous trouvons là en réalité l'un des grands points de divergence entre Hart et Mill. Hart semble sur cette question bien plus proche de leur prédécesseur commun Bentham, là où Mill entendait justement prendre ses distances vis-à-vis de lui.

69. Ce n'est pas le sujet de ce texte, mais nous indiquons qu'il s'agit là d'un débat qui fait rage à l'époque contemporaine dans le monde anglo-américain, notamment depuis la publication de la deuxième édition du *Concept de droit* et de son *Postscript*, dans lequel Hart énonce que sa théorie du droit est « générale et descriptive » et non pas « évaluative et justificatrice » (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 239). Cela a engendré beaucoup de tension entre les notions d'une théorie pure de tout jugement de valeur, et d'une théorie qui prétend à être descriptive tout en laissant une place irréductible à l'évaluation de sorte à pouvoir établir les contours de l'objet-droit à étudier (mais cette évaluation n'est pas morale et Hart rejette toute notion de morale objective) – ce qui est manifestement la position de Hart telle qu'il la réaffirme d'ailleurs à la fin de sa vie au même moment où il travaille sur l'élaboration de son *Postscript* (voir : H.L.A. HART, « Comment », in : R. Gavison, (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy : the Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987). Pour un point d'entrée extrêmement clair dans ces questions, voir : J. DICKSON, *Legal Theory and Evaluation*, Oxford, Hart Publishing, 2001 ; J. DICKSON, « Methodology in Jurisprudence : a Critical Survey », *Legal Theory*, 10, 2004, p. 117 ; J. DICKSON, « Descriptive Legal Theory », *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law* (2006) disponible sur le site internet http://ivrenc.info/index.php?title=Descriptive_Legal_Theory.

70. H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 75 : « *Surely the truly liberal answer to any sinister use of the slogan "law is law" is, "Very well, but that does not conclude the question. Law is not morality ; do not let it supplant morality" ».*

juriste. C'est parce que l'on a affaire à deux concepts distincts que le droit peut être l'objet de considérations morales⁷¹. Ainsi, un grand nombre de questions portant sur le droit sont des questions qui mobilisent des considérations morales et le juriste doit savoir répondre à celles-ci. Cela fait partie des questions qui ont trait à la vie du droit, et ce peut être là une définition tout à fait pertinente de l'objet d'étude du juriste⁷².

Nous souhaitons néanmoins signaler dès à présent que nous rejoignons Mathieu Carpentier dans l'idée que rien de ce que nous venons d'écrire ne permet de soutenir que Hart défend une forme de positivisme « normatif » ou « prescriptif » – position selon laquelle il serait bon d'être positiviste ou selon laquelle le positivisme juridique serait la position moralement la meilleure dans un régime politique moderne⁷³. Le positivisme juridique vise simplement à connaître le droit tel qu'il est, plutôt que tel qu'il devrait être – ou, similairement, tel que l'on aimerait qu'il soit –, en vue d'une description objective du droit en vigueur. Hart soutient simplement que cette étape de description du droit précède logiquement celle de la critique du droit – car il faut tout d'abord savoir ce que c'est que l'on critique – et ne doit donc pas être polluée par celle-ci, ce à quoi il ajoute néanmoins que les conditions méthodologiques d'une telle description du droit ne préjugent pas non plus – et donc ne permettent pas d'exclure – la possibilité de soumettre le droit à une critique morale⁷⁴. Cependant, le positivisme juridique n'emporte aucune conclusion en ce qui concerne la forme et la substance que peuvent prendre cette critique morale. Pour reprendre l'expression du professeur Gardner, « le positivisme est normativement inerte » et ne constitue pas une

71. Voir dans ce sens : L. GREEN, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », *NYU Law Review*, 83, 2008, p. 1035 et s. ; J. GARDNER, « Positivism : 5½ Myths », in : J. GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 19 et s.

72. Nous trouvons de fortes analogies entre cette position et celle de Chaïm Perelman selon laquelle : « On peut exiger de toute science digne de ce nom qu'elle ne déforme pas son objet, sous prétexte de l'étudier d'une façon scientifique. Si l'étude du droit positif, tel qu'il se présente effectivement, montre que sa pratique est indissociable de jugements de valeur, il existe un rôle que quelqu'un doit remplir, quelle que soit la manière dont on le qualifie, et qui est de conseiller ou de guider les législateurs dans l'exercice de leurs fonctions » (C. PERELMAN, « Science du droit et jurisprudence », *Éthique et Droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 490 – nous soulignons).

73. M. CARPENTIER, « Positivisme analytique et positivisme normatif dans *Law, Liberty, and Morality* de H.L.A. Hart ». Neil MacCormick, lui-même longtemps partisan d'une lecture prescriptive du positivisme hartien, relève d'ailleurs que les développements du *Postscript* invalident cette interprétation de l'œuvre de Hart, et ce malgré son ralliement exprès à un « positivisme inclusif » : N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, p. 15.

74. Cette approche hartienne trouve un précédent chez Bentham qui distingue les tâches d'« exposition » (connaissance) et de « censure » (critique) du droit : J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, p. 7 ; J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, p. 293.

position morale⁷⁵. Il est vrai, néanmoins, que le positivisme hartien distingue simplement les *types de questions* que l'on peut soulever au sein de l'objet d'étude du juriste, en cloisonnant la tâche de description du droit de celle de son questionnement moral, et ne vise aucunement à limiter l'objet d'étude du juriste à la première tâche. La position de Hart demeure donc résolument benthamienne sur ce point⁷⁶.

En effet, Hart ne semble pas soutenir, comme Kelsen, qu'un objet d'étude doit être construit par l'observateur⁷⁷ (ce qui semble la condition *sine qua non* de toute démarche stipulative, car on ne dispose de la liberté intellectuelle nécessaire à la stipulation que si l'on a la *complète* maîtrise de la construction de son objet d'étude, et que l'on a évacué au stade des prémisses la possibilité que « la réalité » puisse résister aux choix du théoricien⁷⁸). A ce moment-là, il suffirait effectivement de déterminer a priori ce que l'on considère comme étant le champ d'étude du juriste, et de rejeter tout le reste en dehors. Mais alors on ne *conclurait* pas véritablement à une séparation du droit et de la morale étant donné que cela ferait partie des stipulations de base. La démarche sombrerait dans la circularité puisque le champ d'étude du juriste serait justement *défini ab initio* comme ne pouvant laisser place à aucune considération morale⁷⁹. Hart part au contraire

75. J. GARDNER, « Positivism : 5½ Myths », p. 23.

76. Voir ci-dessus n.74.

77. Sur le caractère « constitutif » de la connaissance, notamment dans la science du droit, voir : Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. C. Eisenmann, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, p. 80.

78. En effet, il nous semble que dès lors que l'on peut concevoir la moindre résistance de « la réalité » à la pertinence de nos choix définitionnels, alors cela évacue immédiatement la possibilité de la stipulation, car alors la méthode adéquate ne peut être que d'engager des recherches préliminaires permettant d'établir le contenu et la nature de cette résistance de la réalité à nos choix définitionnels. Cela veut dire que l'on devra juger de la *pertinence* de ces choix au regard d'éléments autres que le seule cohérence interne du système de pensée. Dès lors que ces choix définitionnels sont guidés ou contraints par la possibilité-même d'une réalité externe, alors on ne parle plus à proprement parler de stipulation. On dispose seulement d'une certaine *latitude* dans la détermination de la définition, et non pas véritablement d'un choix. C'est la raison pour laquelle il nous semble que la démarche stipulative ne peut se maintenir que par la possibilité de la *pureté* de l'objet, c'est-à-dire par la *parfaite liberté* de construction de cet objet par le théoricien : il s'agirait selon nous d'un choix définitionnel déterminé par les seuls besoins internes et rationnels du système de pensée *du théoricien*, et non pas par une référence à un contexte social bien moins ordonné que des catégories aux contours purs ne pourraient l'admettre.

79. Hart note que Kelsen procède en évoquant de manière purement abstraite le « point de vue de la science du droit » en affirmant stipulativement, sans argument (« *a blank statement* ») le fait que ce point de vue est *exclusif* du « point de vue moral », et d'ailleurs de tout autre point de vue. Cela masque selon Hart le fait qu'un « point de vue » n'existe que dès lors qu'il est celui d'un individu, et l'horizon d'un individu concret ne se limite pas à un objet d'étude stipulativement déterminé. Il n'y a aucune difficulté méthodologique à envisager une critique morale du droit *entreprise par un*

d'une réalité sociale qui lui préexiste et qu'il doit « élucider »⁸⁰ (*to elucidate*)⁸¹. On voit là l'influence sur ses travaux de la philosophie du langage ordinaire, et notamment de la « phénoménologie linguistique » de J.L. Austin⁸² : il observe ce qu'il est cohérent de dire dans telle ou telle situation, non pas pour réduire toute question à un problème linguistique, mais afin de traiter les données linguistiques comme des *matières premières* permettant d'accéder à la réalité sociale à laquelle elles correspondent. C'est en ce sens qu'« une connaissance affûtée des mots », et du vocabulaire qu'emploient les individus qui interagissent spontanément avec leur environnement social, peut nous permettre d'« affûter notre perception des phénomènes ». La philosophie du langage ordinaire ne prétend pas se *contenter* du sens ordinaire des mots, mais seulement de prendre pour point de *départ* des raisonnements philosophiques les usages linguistiques qui émergent spontanément dans la pratique des langages naturels – plutôt que de pures stipulations (qui ne peuvent découler que d'intuitions, ou de constructions rationnelles)⁸³ –, et ce parce que le langage ordinaire s'est justement construit en tension avec la réalité sociale à observer, ce qui n'est le cas d'aucun langage artificiel, et fournit ainsi de meilleurs outils pour la construction d'un discours empirique⁸⁴.

juriste qui demeurerait au sein de son objet d'étude : H.L.A. HART, « Kelsen Visited », p. 306.

80. H.L.A. HART, « Definition and Theory in Jurisprudence », p. 21. On ressent également, par le recours à la notion d'élucidation, toute l'influence sur Hart de la philosophie du second Wittgenstein. Sur la question de l'influence de Wittgenstein sur les travaux de Hart, voir : Ph. DE LARA, « Règles, normes, institutions », in : Ph. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 640. Par ailleurs, la question de l'influence de la philosophie du second Wittgenstein sur le positivisme hartien est le sujet de la contribution de M. de Lara au présent volume : P. DE LARA, « Droit et coutume : ce que Hart doit à Wittgenstein ».

81. Il n'est pas impossible que l'on aperçoive là un gouffre qui sépare – sans que l'on s'en aperçoive nécessairement ni que l'on en soupçonne la profondeur des conséquences – la théorie du droit anglo-saxonne de la théorie du droit continentale. Quoiqu'il en soit, cette question n'a certainement pas encore reçu l'attention nécessaire.

82. J.L. AUSTIN, « A Plea for Excuses », in : J.L. AUSTIN, *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 130.

83. *Ibid.*, p. 133 : « Certainly ordinary language has no claim to be the last word, if there is such a thing. It embodies, indeed, something better than the metaphysics of the Stone Age, namely, as was said, the inherited experience and acumen of many generations of men. But then, that acumen has been concentrated primarily upon the practical business of life. (...) If a distinction works well for practical purposes in ordinary life (no mean feat, for even ordinary life is full of hard cases), then there is sure to be something in it, it will not mark nothing: yet this is likely enough to be not the best way of arranging things if our interests are more extensive or intellectual than the ordinary. And again, that experience has been derived only from the sources available to ordinary men throughout most of civilized history. (...) Certainly, then, ordinary language is not the last word: in principle it can everywhere be supplemented and improved upon and superseded. Only remember, it is the first word ».

84. J.L. AUSTIN, *Sense and Sensibilia*, Oxford, Oxford University Press, 1962, p. 3 et s.

Pour conclure, disons simplement que, dans le schéma hartien, la proposition selon laquelle une norme existe et la proposition selon laquelle une norme est moralement bonne relèvent de deux commentaires différents – mais non exclusifs – d’un même phénomène juridique. Le juriste doit donc *découvrir* ce qui est son champ d’étude, et ne peut pas scinder en deux le contexte social auquel il se rattache. Aussi le positiviste hartien doit-il s’intéresser aux disciplines avoisinantes – dont les *sciences humaines* –, pour éclaircir les zones grises que l’on trouve aux contours des « cas centraux » d’existence du droit et d’un système juridique⁸⁵, car on ne peut délimiter un domaine qu’en l’observant depuis l’extérieur.

CONCLUSION

Ces quelques développements sur « Positivism and the Separation of Law and Morals » cherchent à montrer comment un positiviste comme Hart en arrive à consacrer un ouvrage à une question de critique morale des institutions juridiques. *Law, Liberty, and Morality* ne constitue en aucun cas une critique morale proprement positiviste des institutions juridiques. Cela ne voudrait rien dire. Il faut juste comprendre que le débat Hart-Devlin ne se configure pas vraiment comme on le trouverait en France : *Law, Liberty, and Morality* opère selon la prémisse que le droit observé *est* en vigueur, et que la réforme peut entrer en vigueur. Ni Hart ni Lord Devlin ne sont en désaccord sur ce point. Le débat porte sur le fait de savoir s’il est nécessaire que le droit cherche à mettre en œuvre la morale positive d’une société. Il n’y a pas de réponse juridique à cette question. La question – pour le dire autrement – est de savoir si le droit devrait nécessairement prêter main forte à cette *autre chose* qu’est la morale. En somme, on peut dire que là où la séparation analytique du droit et de la morale permet dans *Positivism and the Separation of Law and Morals* de clarifier la situation morale de l’acteur juridique, afin que celui-ci puisse disposer des armes critiques vis-à-vis du droit en vigueur, Hart adopte dans *Law, Liberty, and Morality* le rôle du citoyen qui se livre à cette critique.

Pour finir, nous nous contenterons de soulever le fait que sous l’influence de ce plaidoyer le Parlement a réagi en adoptant deux lois. Tout d’abord, il adopta le *Street Offences Act* de 1959 qui dépénalise la prostitution, et ne sanctionne que le racolage sur la voie publique. Il adopta ensuite en 1967 le *Sexual Offences Act* qui dépénalise l’homosexualité entre adultes consentants dans un cadre privé. Par ailleurs, Lord Devlin reviendra lui-même sur ses positions, et signera une pétition en faveur de l’adoption des recommandations du Rapport Wolfenden⁸⁶. Ainsi,

85. Pour la notion de « cas central », voir par exemple : H.L.A HART, *The Concept of Law*, p. 81.

86. « Law on Homosexuals », *The Times*, 11 mai 1965, p. 13 (The Times Digital Archive : 56318).

au-delà des intérêts théoriques certains du débat Hart-Devlin, il est utile de s'y intéresser ne serait-ce que du fait de l'impact concret que ce débat de grande qualité a pu avoir sur la vie publique britannique.



Résumé de l'article :

Le débat Hart-Devlin demeure en grande partie méconnu sur le Continent. Il s'agit pourtant d'un débat public de grande qualité entre deux juristes distingués, et qui a eu un grand impact sur la vague de libéralisation des mœurs durant les années 1960, dont notamment la dépenalisation de l'homosexualité. Cette contribution vise à mettre en lumière la critique par H.L.A. Hart du moralisme juridique de son contemporain Lord Devlin. Les partisans du moralisme juridique soutiennent que l'on peut avoir recours au droit afin de mettre en œuvre la moralité. Hart renoue avec le libéralisme utilitariste de Bentham et John Stuart Mill afin de proposer une critique morale des institutions juridiques en vigueur en dénonçant les souffrances injustifiées que cela permettrait d'infliger à l'individu du seul fait de l'immoralité de son comportement, et ce alors même qu'il ne porte pas atteinte à autrui. Cet article se penche dans un second temps sur le statut de l'utilitarisme hartien au regard de son positivisme juridique. Il s'agira de comprendre comment Hart peut prendre position dans ce débat tout en prétendant pouvoir maintenir une stricte séparation conceptuelle du droit et de la morale au sein de son domaine d'étude.

