

Mathieu Carpentier

POSITIVISME ANALYTIQUE ET POSITIVISME NORMATIF DANS
LAW, LIBERTY AND MORALITY

I. INTRODUCTION

Cet article se propose d'aborder *Law, Liberty and Morality* de manière indirecte, en s'intéressant aux liens qui unissent (ou pas) cet ouvrage aux thèses principales de philosophie analytique du droit défendues par Hart. De deux choses l'une : soit *Law, Liberty and Morality* n'a rien à voir avec les thèses positivistes défendues par Hart par ailleurs, et consiste plutôt en une réitération de thèses libérales en matière de philosophie morale, défendues ici dans un certain contexte, celui du rapport Wolfenden et de la controverse avec Lord Devlin ; soit le propos défendu par Hart dans cet ouvrage est d'une manière ou d'une autre indissociable du positivisme juridique de Hart tel que celui-ci le défend dans le *Concept de droit*.

À ce sujet, les points de vue ne pourraient être plus divisés parmi les exégètes de Hart. Par exemple, Leslie Green écrit : « [par l'idée de "séparation du droit et de la morale"], Hart n'entend pas soutenir l'idée idiote selon laquelle le droit et la morale devraient être *tenus séparés* (...). L'association de cette idée avec Hart semble être une interprétation confuse d'une thèse que Hart a *effectivement* soutenue, selon laquelle le droit ne devrait pas prohiber des déviations de la morale conventionnelle qui ne causent de tort à personne. (...) C'est une thèse normative au sujet de la législation et non une théorie de la nature du droit »¹. À l'inverse, Tom Campbell écrit : « [Une] lecture prescriptive du *Concept de droit* s'accorde avec la teneur d'à peu près tout le reste du travail de Hart. De fait, Hart adopte constamment une argumentation prescriptive dans la plupart de ses écrits². Il est fermement déterminé à soutenir des positions controversées en

1. L. GREEN, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », *New York University Law Review*, 83, 2008, p. 1035-1058, p. 1035-1036.

2. C'est d'ailleurs faux : les deux tiers des *Essays in Jurisprudence and Philosophy* sont analytiques et non pas normatifs ; les *Essays on Bentham* sont presque uniformément analytiques, en particulier les essais « Legal Duty and Obligation » et « Commands and Authoritative Legal Reasons », qui ne

matière de philosophie politique et de philosophie du droit, telles que (...) le rejet d'une morale paternaliste formant la base du contenu du droit pénal. (...) Il n'y a pas de ligne nette de séparation entre les contributions descriptives et normatives si on considère l'œuvre global de Hart »³.

Il est à noter que Green ne nie pas qu'on trouve dans la philosophie *analytique* du droit de Hart (celle qui porte « sur la nature du droit ») des éléments normatifs ou évaluatifs, mais que l'entreprise de Hart dans *Le Concept de droit*, même dans ses aspects normatifs ou évaluatifs, est de nature différente de celle, exclusivement normative, qui est déployée dans *Law, Liberty and Morality*. Pour Campbell au contraire, il n'y a pas de solution de continuité entre les deux démarches : il n'affirme certes pas que les thèses soutenues dans *Law, Liberty and Morality* sont directement rattachables aux thèses positivistes défendues dans le *Concept de droit*, mais qu'une interprétation prescriptive de ces dernières est de nature à assurer la cohérence de la démarche globale de Hart⁴.

On peut cependant se reporter aux propos mêmes de Hart au début de la première conférence de *Law, Liberty and Morality* : « ces conférences portent sur une question au sujet des relations entre le droit et la morale. Je dis "une question" car (...) il y a un certain nombre de questions différentes que l'on doit considérer séparément (*needing quite separate consideration*) »⁵. Parmi ces questions, il faut donc distinguer la seconde question, « analytique ou définitionnelle » qui est celle à laquelle sont attachés « les termes grandiloquents, mais vagues, de Positivisme et Droit naturel »⁶, de la quatrième, qui porte sur « la mise en œuvre par le droit de la morale » (*legal enforcement of morality*)⁷. Aux yeux de Hart lui-même, il apparaît donc que la question d'une critique morale du droit et de sa

portent pas exclusivement sur Bentham, et sont des contributions importantes à la théorie générale du droit. La philosophie hartienne du droit pénal est majoritairement prescriptive (problèmes de justification de la peine), mais comporte de nombreux aspects analytiques (la distinction élaborée à partir d'Austin entre justification et excuse, par exemple).

3. T. CAMPBELL, « Rewriting Hart's Postscript. Thoughts on the Development of Legal Positivism », *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 5, 2011, p. 23-52, p. 28. Il est à noter que Campbell se trompe en caractérisant la thèse de Hart comme anti-paternaliste, puisque Hart prend bien soin de distinguer entre moralisme juridique et paternalisme (qu'il ait raison ou non de le faire est une autre affaire).

4. Le propos de Campbell porte sur le *Concept de droit*, et non pas sur *Law, Liberty, and Morality* : il s'agit de démontrer que le premier est un texte en grande partie normatif ou prescriptif (et, *en ce sens*, analogue au second et aux autres ouvrages prescriptifs de Hart) et non pas que les thèses défendues dans *Law, Liberty and Morality* se rattachent directement à celles défendues dans le *Concept de droit*.

5. H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1991 [1963], p. 1

6. H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 2.

7. H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 4.

prétention à se faire l'instrument de la morale conventionnelle est distincte des thèses analytiques sur la nature du droit qui caractérisent le positivisme juridique.

Il semble toutefois que la thèse soutenue par *Law, Liberty and Morality* ne soit pas sans lien avec le positivisme juridique. On peut résumer cette thèse ainsi :

(LLM) : Qu'un comportement C soit réprouvé par la morale positive⁸ n'est une condition ni nécessaire⁹ ni suffisante pour qu'il soit moralement permis que le droit pénal prohibe C.

On peut penser qu'en soutenant (LLM), Hart entend défendre une thèse plus générale :

(LLM*) : Qu'une norme N soit partagée par la morale positive n'est une condition ni nécessaire ni suffisante pour qu'il soit moralement permis que le droit pénal incorpore et/ou mette en œuvre (*enforce*) N¹⁰.

Ce que (LLM*) semble vouloir dire, c'est que, pour reprendre l'expression de Green, le droit doit être tenu séparé de la morale, tout au moins de la « morale positive ». Or il semble que l'on ne puisse soutenir cette thèse que si on admet auparavant que le droit est bien « séparable » de la morale – puisque « devoir » implique « pouvoir ». Et la thèse selon laquelle le droit est « séparable » de la morale ressemble fort à la thèse positiviste de la « séparation du droit et de la morale ». Il en résulte ce qu'on pourrait appeler la « thèse de l'implication » :

Thèse de l'implication : Soutenir (LLM*) implique d'être positiviste juridique.

Selon cette thèse le projet de Hart doit être, en quelque sorte, la prolongation de son positivisme juridique. Même si la converse de la thèse de l'implication n'est

8. Par morale positive, Hart entend la même chose que ce qu'il appelle *social morality* dans le *Concept de droit*, ce que le professeur Michel van de Kerchove traduit par « morale sociétaire » (voir H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, 2^e éd., trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 189 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 171). Voir plus bas pour une analyse de cette notion.

9. On pourrait penser que la question porte uniquement sur le caractère suffisant de la condition. Or Hart insiste clairement sur le fait qu'il n'est pas nécessaire qu'un comportement soit réprouvé par la morale positive pour qu'il soit permis pour le droit pénal de le prohiber (voir H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 23).

10. Ainsi, on peut raisonnablement penser que (LLM*) s'étend au-delà des seules prohibitions. Par exemple, qu'une certaine morale positive partage la norme N selon laquelle les voleurs doivent avoir la main coupée n'est pas une condition suffisante pour que le droit pénal incorpore et/ou applique N, même si le droit pénal, par ailleurs, punit les voleurs.

pas exacte, ou en tout cas ne se déduit pas de cette dernière, il demeure que si la thèse de l'implication est vraie, alors *Law, Liberty, Morality* est une excroissance du *Concept de droit*.

Or il est manifeste qu'il n'en va pas ainsi et que la thèse de l'implication est fautive. On n'a pas besoin d'être positiviste juridique pour soutenir (LLM*), pour deux raisons. En premier lieu le positivisme juridique est une thèse sur la validité des règles juridiques, alors que (LLM*) est une thèse sur le contenu de ces dernières. En second lieu (LLM*) est une thèse normative portant sur les rapports entre droit et morale *positive* ; elle n'épuise pas l'ensemble des relations entre le droit et la morale *tout court*.

À bien des égards, en réfutant la thèse de l'implication, on s'attaque à un homme de paille¹¹, mais j'envisagerai un argument proche de la thèse de l'implication, qui a été avancé par le professeur MacCormick, et qui, quelque validité qu'il ait par ailleurs, ne peut être attribué à Hart. Non seulement MacCormick semble affirmer qu'on ne peut soutenir (LLM*) (ou une thèse analogue, encore que plus large, qu'il intitule « *disestablishment thesis* ») que si on soutient une version du positivisme juridique, mais il indique de surcroît que défendre une version *normative* du positivisme engage à soutenir (LLM*) – ou une thèse analogue. Tous les tenants du « positivisme normatif »¹² ne sont pas d'accord avec MacCormick sur

11. Aucun auteur à ma connaissance ne soutient la « thèse de l'implication ». L'auteur qui s'en est le plus approché est N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 256. Par ailleurs, certains auteurs affirment que les thèses défendues par Hart dans *Law, Liberty and Morality* sont une prolongation de – ou à tout le moins rattachables à – son positivisme juridique. Ainsi Brendan Edgeworth affirme que tant le positivisme de Hart que son refus du moralisme juridique sont le reflet et le fruit de son attachement au « travaillisme d'après-guerre » (voir B. EDGEWORTH, « H.L.A. Hart, Legal Positivism and Post-War British Labourism », *Western Australian Law Review*, 19, 1989, p. 275-300, p. 295 et s.) ; William Conklin rattache le refus hartien des thèses de Devlin à la distinction, effectuée dans *Le Concept de droit*, entre énoncés internes et externes, au prix de regrettables contresens concernant cette dernière (voir W. CONKLIN, *The Invisible Origins of Legal Positivism. Re-Reading a Tradition*, Dordrecht, Springer, 2001, p. 219 et s.) ; Juan de Paramo, dans un ouvrage consacré à Hart, évoque la controverse Hart-Devlin et le rejet du moralisme juridique dans un chapitre consacré au positivisme juridique de Hart, tout en se gardant d'indiquer le lien qui unit ces deux dimensions de l'œuvre de Hart (voir J.R. DE PARAMO, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 357-371).

12. J'emploie l'expression « positivisme normatif », qui est la plus répandue, pour désigner ce qui est parfois appelé « positivisme éthique » ou « positivisme prescriptif ». L'expression « positivisme normatif » a ceci de désagréable qu'elle a parfois été utilisée pour désigner tout autre chose, c'est-à-dire ce qu'on appelle les théories positivistes non-réductionnistes, qui admettent et tentent d'expliquer la normativité de ce dernier (Kelsen, Hart, Raz, Coleman, Shapiro...), par opposition aux théories positivistes réductionnistes qui réduisent les normes juridiques à un ensemble de faits (*mutatis mutum mutandis*, la théorie austinienne, les théories prédictives de Holmes et de certains

ce point (on verra pourquoi), et développent une version du positivisme normatif plus faible, et indifférente au contenu des règles de droit ; MacCormick soutient en revanche une thèse plus robuste¹³.

Je vais procéder en trois temps. Dans un premier temps, je vais tenter de montrer que la thèse de l'implication est fautive, sur la base d'une interprétation stricte du positivisme juridique comme thèse sur la validité juridique, en tentant de montrer qu'une négation de cette thèse peut être compatible avec (LLM*) – ce qui par contraposition entraîne la fausseté de la thèse de l'implication. Dans un second temps, on partira d'une version plus large du positivisme juridique, destinée à nier la thèse d'apparence jusnaturaliste selon lequel le droit aurait conceptuellement une certaine *fonction* morale ; en ce sens (LLM*) supposerait le positivisme juridique, puisque pour nier que le droit doive mettre en œuvre la morale, il faut supposer qu'il n'a pas de fonction morale. Or non seulement (LLM*) n'est pas calibré pour répondre à ce type de théories, comme Hart l'indique lui-même, mais de surcroît la fonction morale qu'elles reconnaissent au droit est très largement compatible avec une thèse en faveur de l'abstentionnisme du droit pénal en matière de régulation morale. Enfin, on introduira la notion de positivisme normatif, en commençant par remarquer que très peu de choses y rattachent *Law, Liberty and Morality*, puis en indiquant qu'un concept plus robuste de positivisme normatif est non seulement déficient, mais de surcroît ne peut être attribué à Hart.

courants du Réalisme américain, le naturalisme radical d'Hägerström et d'Olivecrona, etc.) – c'est en ce sens que, par exemple, Deryck Beyleveld et Roger Brownsword utilisent l'expression « positivisme normatif » (voir, D. BEYLEVELD et R. BROWNSWORD, « Normative Positivism : The Mirage of the Middle Way », *Oxford Journal of Legal Studies*, 9/4, 1989, p. 463-512). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Tom Campbell préfère les expressions alternatives mentionnées ci-dessus (voir T. CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism. Law, Rights and Democracy*, UCL Press, 2004, p. 10) ; du reste Campbell emploie lui-même parfois l'expression « positivisme normatif » au sens de « positivisme non-réductionniste » (voir T. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996, p. 3).

13. On verra plus loin que le positivisme normatif, dans sa version la plus répandue (Tom Campbell, Jeremy Waldron, Gerald Postema...) ne porte pas directement sur le *contenu* des règles de droit, mais sur la valeur du droit en tant que tel (tel qu'il est décrit par le positivisme juridique). Seule une variété robuste du positivisme normatif (défendue par Neil MacCormick) implique des contraintes supplémentaires sur le contenu du droit.

II. DROIT, MORALE ET POSITIVISME JURIDIQUE

A. La « séparation du droit et de la morale »

Il faut sans doute reconnaître à Hart la paternité de la formule de la « séparation du droit et de la morale », puisque c'est Hart qui l'introduit comme étant l'un des cinq critères non cumulatifs et non mutuellement exclusifs du positivisme juridique¹⁴. Il est vrai que ce critère de la séparation du droit et de la morale a, vis-à-vis des autres, une valeur quelque peu architectonique, dans la mesure où tous les positivistes l'adoptent. Pour les besoins de l'analyse je vais supposer que sont strictement équivalentes les formules : « séparabilité du droit et de la morale »¹⁵ et « pas de connexion nécessaire entre droit et morale ».

Comme de nombreux auteurs appartenant à la tradition positiviste l'ont fait remarquer, sans doute à raison, cette formule est au mieux imprécise, au pire fautive ou dénuée de sens¹⁶. Il convient toutefois de souligner qu'il est en fin de compte assez peu fructueux de contester la validité de cette formule en cherchant à montrer *qu'il y a* des connexions nécessaires entre droit et morale : le principal problème de cette formule tient au caractère pour le moins confus, imprécis, voire métaphorique, de la « séparation » ou de la « connexion » en question. En ce sens, si affirmer que le droit et la morale sont séparables est dénué de sens, il en va de même de l'affirmation selon laquelle ils ne le sont pas, tant qu'on n'a pas explicité la nature de cette « séparation » (ou de cette connexion), et ce que l'on entend connecter ou séparer.

14. Voir H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, 1958, p. 593-629, p. 601-602 ; *Le Concept de droit*, p. 318 ; *The Concept of Law*, p. 302.

15. Séparabilité, et non séparation, ce qui correspond sans doute davantage à ce que Hart a en tête (voir là-dessus, L. GREEN, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », p. 1036).

16. Parmi la littérature récente, voir J. RAZ, « About Morality and the Nature of Law », *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, p. 1-15, p. 2-3 ; J. RAZ, « The Argument from Justice or How Not to Reply to Legal Positivism » in : J. RAZ, *The Authority of Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 314-319 ; J. GARDNER, « Legal Positivism. 5½ Myths », *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, p. 199-227 ; L. GREEN, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », *passim* ; J.L. COLEMAN, « Beyond the Separability Thesis », *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, p. 581-608, *passim* ; G. PINO, « Positivism, Legal Validity and the Separation of Law and Morals » (à paraître dans *Ratio Juris*). – *Contra*, voir M.H. KRAMER, « On the Separability of Law and Morality », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17, 2004, p. 315-335. La thèse de Kramer, telle que je la comprends, est en réalité assez minimale, puisqu'elle vise simplement à maintenir le slogan de la séparation du droit et de la morale (même si Kramer reconnaît par ailleurs de nombreuses connexions entre droit et morale). Si le débat porte uniquement sur l'emploi d'un slogan, et non sur des thèses substantielles, son utilité apparaît mystérieuse.

De fait, Hart reconnaît une importante connexion entre droit et morale dès lors qu'il détaille le contenu minimum du droit naturel (que l'on pourrait avec Finnis appeler « contenu minimum du droit positif »¹⁷) : c'est en raison des mêmes faits (tenant à la nature de l'homme et de son milieu) que la morale comme le droit doivent nécessairement prohiber le meurtre, le vol, etc. Il y a là une connexion nécessaire, conceptuelle ou quasi-conceptuelle (Hart parle de « nécessité naturelle »¹⁸) entre droit et morale, et cette intersection ne saurait être une simple coïncidence.

De manière générale, Hart n'a nullement eu pour ambition d'indiquer que tous les éléments du droit et de la morale sous tous les rapports possibles sont susceptibles d'être « séparés ». Pour le dire autrement, le positivisme, du moins tel que Hart le conçoit n'implique nullement qu'une description adéquate du droit puisse s'abstenir de faire référence à la morale ou à certains aspects de la morale¹⁹.

Par séparation du droit et de la morale, Hart a entendu défendre deux thèses, qui sont des thèses classiques du positivisme juridique : une thèse sur le contenu et une thèse sur la validité. La première s'énonce ainsi : (Si l'on met de côté le contenu minimum du droit naturel, qui fournit une intersection nécessaire entre droit et morale) il n'est pas nécessaire que le contenu des règles juridiques reflète le contenu de règles morales – c'est la notion d'*overlapping* évoquée au début de *Law, Liberty and Morality*²⁰. La thèse sur la validité est la suivante : La validité juridique d'une règle ne dépend pas (nécessairement) de sa moralité²¹.

17. J. FINNIS, « Hart as a Political Philosopher » in : J. FINNIS, *Philosophy of Law. Collected Essays Vol. IV*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 262.

18. H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 217 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 199. Sur les ambiguïtés de la caractérisation hartienne du contenu minimum, voir L. GREEN, « The Morality in Law » in : L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS ET A. DOLCETTI, *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 184-192.

19. Ainsi, Hart admet que d'un point de vue historique la morale influence nécessairement le développement du droit (voir H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 2 ; H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 598 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law* p. 204 ; H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 205) ; il admet également que la légalité est conceptuellement coextensive avec un principe de justice formelle (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 157-168 ; H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 175-185). Il y a là des aspects qui doivent nécessairement entrer dans une description adéquate du droit.

20. Voir H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 2. ; *The Concept of Law*, p. 185-186 ; *Le Concept de droit*, p. 203-204. Il est à noter que certains auteurs ne retiennent que la thèse du contenu dans leur caractérisation du positivisme : voir par exemple S. R. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », in : J. L. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 311.

21. Voir H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 599 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 211 ; H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 229.

La thèse sur le contenu se déduit de la thèse de la validité, dans la mesure où si une règle immorale peut être juridiquement valide, alors son contenu (par hypothèse) ne sera pas identique au contenu d'une règle morale. En revanche la thèse sur la validité ne se déduit pas de la thèse sur le contenu, et les deux thèses ne sont pas équivalentes. On peut tout à fait admettre que le contenu du droit puisse être immoral, tout en affirmant que la validité d'une règle dépend au moins partiellement de son mérite : en effet, le mérite (moral) d'une règle ne s'évalue pas exclusivement à l'aune de son contenu (de l'action qu'elle rend obligatoire ou qu'elle interdit). Ainsi si on distingue, comme Fuller²² ou Weinrib²³, la moralité interne du droit et sa moralité « externe », on peut tout à fait accorder qu'une règle de droit soit valide en raison de son mérite « interne », tout en admettant que son contenu soit immoral d'un point de vue « externe ». En tout état de cause, il ne fait pas de doute que, pour Hart, la thèse de la validité est la formulation adéquate de la thèse positiviste de « la séparation du droit et de la morale ».

B. Positivismes substantiel et méthodologique

On entend par positivisme juridique un ensemble de théories (souvent en désaccord entre elles) sur la nature du droit. Toutes ces théories partagent la thèse sur la validité : une règle de droit immorale demeure une règle de droit. Or la thèse sur la validité est une thèse purement négative, qui, en tant que telle, ne précise pas *ce dont* dépend la validité juridique. C'est pourquoi les positivistes s'accordent pour soutenir la thèse suivante :

22. Voir L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, p. 96. La position de Fuller est cependant plus complexe. Tout d'abord, Fuller ne conçoit pas la moralité interne comme un critère de validité des règles juridiques mais comme un critère d'existence du droit, i.e. du système juridique (et ce même si les règles individuelles sont prises en défaut du point de vue de la moralité interne). D'autre part, c'est une thèse célèbre de Fuller, et stratégiquement centrale dans sa réfutation du positivisme juridique, que les moralités interne et externe, si elles sont distinguées, sont intimement liées : la moralité interne du droit n'est pas compatible avec la plus grande iniquité. Il n'est cependant pas certain que ce « lien » soit solidement argumenté par Fuller (qui se fonde avant tout sur des exemples historiques joignant à la plus grande immoralité externe la plus grande immoralité interne). Quoi qu'il en soit, Fuller insiste à la fois sur la nécessité de distinguer la moralité interne de la moralité externe, et sur le fait que celle-ci ait un impact sur celle-là : « ce que j'ai appelé la moralité interne du droit est une sorte de droit naturel institutionnel ou procédural, bien qu'elle affecte et limite les buts substantiels que l'on peut essayer de réaliser au moyen du droit » (L.L. FULLER, *The Morality of Law*, p. 184)

23. Voir sa défense du « formalisme » : « le formalisme s'abstrait tout but substantiel pour privilégier l'ensemble de traits cohérents où ce but peut s'insérer (*might fit*) » (E. WEINRIB, « Legal Formalism. On the Immanent Rationality of Law », *Yale Law Journal*, 97, 1989, p. 973).

Thèse substantielle : La validité d'une règle de droit dépend de ses sources et non de son (seul) mérite²⁴.

La thèse substantielle implique la thèse sur la validité, mais ne s'y réduit pas, pour deux raisons. Tout d'abord parce qu'on pourrait sur le fondement de la thèse sur la validité envisager d'autres critères de validité que les sources sociales ; ensuite parce que le « mérite » évoqué par la thèse substantielle ne consiste pas nécessairement en son mérite *moral*²⁵ (mais, par exemple, son « mérite » économique, social, etc.). En ce sens, il me semble que la thèse substantielle, étant à la fois plus robuste et plus générale que la thèse de la validité, peut être tenue pour la thèse-type du positivisme juridique. Il faut bien voir, cependant que cette thèse n'épuise pas le contenu d'une théorie positiviste de la nature du droit (une théorie qui s'y limiterait serait bien pauvre) ; il ne s'agit que d'une infime partie d'une thèse positiviste quelle qu'elle soit, et en ce sens la thèse substantielle constitue avant tout un test permettant de classer de manière présomptive une théorie du droit comme étant positiviste.

De nombreux auteurs²⁶ ont fait remarquer que le positivisme juridique ne se réduit pas à une thèse *substantielle* sur l'objet de l'étude, mais qu'il implique

24. Hart a lui-même formulé la thèse du positivisme substantiel de la manière la plus claire dans le *Postscript* du *Concept de droit* : « Selon ma théorie, l'existence et le contenu du droit peuvent être identifiés par référence aux sources sociales du droit (notamment la législation, les décisions judiciaires, les coutumes sociales), sans référence à la morale... » (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 269 ; H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 287). La thèse substantielle est compatible à la fois avec le positivisme exclusif et inclusif. Pour ce dernier, le mérite (moral) peut faire partie des critères de validité, mais demeure néanmoins fondé (ultimement) sur une source – c'est pourquoi Hart ajoute, immédiatement après le passage cité ci-dessus : « ...sauf lorsque le droit ainsi identifié a lui-même incorporé des critères moraux pour l'identification du droit » (H.L.A. HART, *Ibid.*). Un positiviste « exclusif » considère ce dernier morceau de phrase comme dénotant une impossibilité conceptuelle. D'autre part, il faudrait pour être tout à fait complet, ajouter à la thèse substantielle, après « mérite », les mots « y compris le mérite de ses sources » (c'est la thèse (LP*) de Gardner, J. GARDNER, « Legal Positivism. 5½ Myths », p. 201).

25. Là-dessus, voir L. GREEN, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », p. 1041.

26. La distinction entre positivisme méthodologique et positivisme substantiel a été formulée il y a bien longtemps par Alf Ross (voir A. ROSS, « La validité et le conflit entre positivisme juridique et droit naturel » in : A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard et E. Matzner, p. 150-153) et surtout Norberto Bobbio (voir N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Turin, Giappichelli, 1979, p. 280 ; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Rome, Laterza, p. 87). Elle a été formulée plus récemment par Stephen Perry (S.R. PERRY, « The Varieties of Positivism », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 9, 1996, p. 361-382, *passim* ; S.R. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », *passim*), et par James Morauta (J. MORAUTA, « Three Separation Theses », *Law and Philosophy*, 23, 2004, p. 111-135, p. 128-133). Il va de soi que si tous ces auteurs adoptent cette distinction, tous ne l'explicitent pas et ne la qualifient pas de la même manière.

également une thèse méthodologique, portant sur la teneur de l'étude elle-même. Cette thèse méthodologique implique une séparation de la *théorie du droit* et de la morale :

Thèse méthodologique : La théorie du droit est moralement neutre.

Cette thèse a elle-même été énoncée, dans les termes les plus clairs, par Hart dans le *Postscript* du *Concept de droit*²⁷, et on la retrouve chez la plupart des auteurs qui se revendiquent du positivisme juridique (par exemple la thèse méthodologique est l'un des éléments de la pureté kelsénienne). On pourrait dire, en grossissant le trait, qu'à la thèse substantielle correspond le *motto* austinien²⁸ (encore que celui-ci ait également sans doute une portée méthodologique) et qu'à la thèse méthodologique correspond la distinction effectuée par Bentham entre *ensorial* et *expository jurisprudence*²⁹, le positivisme juridique appartenant à la « théorie du droit expositive universelle ». Une théorie qui joint la thèse substantielle et la thèse méthodologique peut être appelée une théorie positiviste analytique.

Les antipositivistes (qu'ils se qualifient eux-mêmes de jusnaturalistes ou non) remettent généralement en cause soit la thèse substantielle, soit la thèse méthodologique, soit les deux. Par exemple, Radbruch³⁰ (post-1945) refuse la thèse substantielle, mais on pourrait se demander s'il souscrit ou non à la thèse méthodologique dans la mesure où il décrit un système juridique (l'Allemagne d'après 1945) où l'injustice extrême est, selon lui, un critère d'invalidité juridique. Il est certain que Radbruch trouve que c'est une bonne chose, mais il semble tout cas ce point de vue normatif est séparable du caractère descriptivement correct de sa théorie. En revanche Robert Alexy³¹ rejette la thèse substantielle en partie (en

27. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 239-240 ; H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 257

28. « L'existence du droit est une chose, son mérite ou démérite en est une autre » (J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 157).

29. J. BENTHAM, *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, trad. div., Paris, Vrin, 2011, p. 336 ; J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement*, trad. J.-P. Cléro, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1996, p. 91. Que, comme le soutient G. Postema, les principes de sa théorie du droit « expositive » de Bentham soient élaborés dans l'optique d'une théorie « censoriale » utilitariste, et que par conséquent, Bentham n'ait pas lui-même cru possible de mener ces deux entreprises séparément, n'implique pas que la distinction *ensorial/expository* doive être remise en cause, ni qu'elle ne soit dotée de sens. (Voir G. POSTEMA, « The Expositor, the Censor, and the Common Law », *Canadian Journal of Philosophy*, 9/4, 1979, p. 643-670 ; G. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 304-308).

30. G. RADBRUCH, « Injustice légale et droit supralégal », trad. M. Walz, *Archives de Philosophie du droit*, 39, 1994, p. 309-319, p. 315.

31. R. ALEXY, *The Argument From Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. S. Paulson et B. Litschewski-Pauslon, Oxford, Clarendon Press, 2002

partie seulement) pour les mêmes raisons que Radbruch, mais il rejette également clairement la thèse méthodologique en invitant le théoricien du droit à adopter « le point de vue du participant ». Enfin, comme l'a fait remarquer Stephen Perry, Michael Moore rejette la thèse substantielle, mais souscrit, dans une certaine mesure (dans une certaine mesure seulement), à la thèse méthodologique³². En revanche, John Finnis accepte la thèse substantielle³³, qu'il juge triviale et sans intérêt pour une authentique théorie du droit, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle il refuse la thèse méthodologique comme incohérente. Enfin, Ronald Dworkin, de manière célèbre, rejette à la fois la thèse substantielle et la thèse méthodologique.

C. L'absence de lien d'implication

Si le positivisme juridique se caractérise par la thèse substantielle *et* par la thèse méthodologique – comme il me semble que Hart le pense – alors ni (LLM) ni (LLM*) n'ont quoi que ce soit à voir avec le positivisme juridique. En effet, aucune de ces deux thèses ne porte de près ou de loin sur la nature du droit, mais sur le contenu de règles de droit particulières. (LLM*) est une thèse normative, pleinement morale, appartenant à une théorie du droit *ensoriale*³⁴. Il n'est nullement question de savoir ici si les lois criminalisant l'homosexualité (e.g. la section 11 du *Criminal Law Amendment Act* de 1885) sont ou non valides juridiquement. Dans une perspective hartienne, il est évident qu'elles le sont, et que leur mérite n'est pour rien dans leur validité – à supposer qu'elles aient un quelconque mérite, ce que l'argument général de *Law, Liberty and Morality* permet naturellement de mettre en doute.

32. Pour Moore, une théorie « externe », moralement non engagée, du droit est possible et viable, même si elle ne peut être entièrement descriptive. Voir M. S. MOORE, « Hart's Concluding Scientific Postscript », *Legal Theory*, 4, 1998, p. 301-32. Voir aussi M.S. MOORE « The Interpretive Turn in Modern Theory : A Turn for the Worse », *Stanford Law Review*, 41/4, 1989, p. 871-957, p. 942 *et sq.* ; M.S. MOORE, *Educating Oneself in Public*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 246 *et p.* 294-332.

33. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 314-320 ; J. FINNIS, « On the Incoherence of Legal Positivism », *Notre Dame Law Review*, 75, 2000, p. 1597-1611, p. 1606-1608 ; J. FINNIS, « The Truth in Legal Positivism » in : J. FINNIS, *Philosophy of Law. Collected Essays Vol. IV*, p. 184-186. ; J. FINNIS, « What is the Philosophy of Law », *Rivista de Filosofia del diritto*, 1, 2012, p. 67-78, p. 76

34. J'adopte la traduction littérale de l'adjectif anglais *ensorial*, contrairement aux traducteurs de l'*Introduction* qui préfèrent le rendre par « critique ». L'existence de l'adjectif « *ensorial* » en français est attestée par le Littré.

Certes la thèse de l'implication n'implique pas sa converse, selon laquelle, si l'on est positiviste, on doit adopter (LLM*). Mais, contrairement à ce que la thèse de l'implication indique (par contraposition), on peut tout à fait *nier* la thèse substantielle et soutenir (LLM*), voire la thèse beaucoup plus large que (LLM*) – laquelle porte exclusivement sur la « morale positive » – selon laquelle le droit et la morale *simpliciter* devraient être séparés. – On va pour l'instant passer sous silence le statut « positif » de la morale en question. – On peut par conséquent à la fois nier les présupposés théoriques du positivisme substantiel, voire les présupposés méthodologiques du positivisme analytique, et se montrer hostile au moralisme juridique. Il est tout à fait possible d'affirmer que la validité d'une règle juridique dépend au moins de son mérite, c'est-à-dire que l'on peut identifier ce qui est de droit au moyen de critères évaluatifs (i.e. non basés sur une source de près ou de loin), voire qu'il est bon qu'il en soit ainsi, *et* soutenir que le jurislatureur devrait s'abstenir de faire coïncider le contenu des règles juridiques avec celui des règles morales (thèse beaucoup plus large que (LLM*)). À l'appui de cette idée, on peut envisager deux formes distinctes de réfutation de la thèse substantielle, qu'on peut désigner respectivement sous les appellations d'antipositivisme strict et d'antipositivisme incorporationniste³⁵.

35. Cette distinction – qui est purement conceptuelle et n'a pas pour but de catégoriser des théories existantes, les noms qui y sont ici associés n'étant donnés qu'à de pures fins indicatives – s'apparente à celle effectuée par Matthew Kramer – au sein du positivisme inclusif *lato sensu*, c'est-à-dire du courant du positivisme qui reconnaît que des critères moraux de validité juridique sont possibles, mais non nécessaires – entre positivisme inclusif *stricto sensu* et incorporationnisme (M.H. KRAMER, *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 2; M.H. KRAMER, « Moral Principles and Legal Validity », *Ratio Juris*, 22, 2009, p. 44-61, p. 45). Le positivisme inclusif *stricto sensu* stipule que la conformité à un critère moral peut être (dans certains systèmes juridiques) une condition *nécessaire* de la validité juridique : une norme, même validée par ses sources n'est pas valide (dans les systèmes juridiques en question) si elle est inconsistante avec un principe moral spécifié dans la règle de reconnaissance. L'incorporationnisme soutient que la conformité d'une règle avec un principe moral peut être (dans certains systèmes juridiques) une condition *suffisante* de sa validité juridique – même si, par ailleurs, elle n'est validée par aucune source du système. J'appelle « antipositivisme strict » la thèse qui considère que le positivisme inclusif *stricto sensu* recouvre une vérité non pas contingente (comme le veulent les auteurs qui s'en réclament) mais nécessaire ; j'appelle « antipositivisme incorporationniste » la thèse qui considère que l'incorporationnisme recouvre une vérité non pas contingente mais nécessaire. – Il faut d'autre part se garder de confondre cette distinction avec d'autres distinctions inspirées, elles, de l'opposition entre positivisme inclusif (*lato sensu*) et exclusif. Par exemple, Massimo La Torre a distingué entre droit naturel exclusif et inclusif (voir M. LA TORRE, « On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law : "Exclusive" versus "Inclusive" », *Ratio Juris*, 19, 2006, p. 197-216; M. LA TORRE, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 135, *sq.*) ; il oppose ainsi un droit naturel exclusif, pour lequel le droit positif doit se conformer à des valeurs morales transcendantes établies indépendamment de toute référence au droit positif lui-même (ce qui est selon La Torre le propre des théories néothomistes) et un droit naturel inclusif pour lequel

Selon la première approche³⁶, le mérite n'est pas critère de validité, mais le démérite est critère d'invalidité : autrement dit le mérite est une condition nécessaire (mais pas suffisante) de validité juridique. Le rattachement à une source demeure une condition nécessaire de validité, mais n'est pas une condition suffisante : les règles juridiques validées par leurs sources ont nécessairement quelque mérite ou, tout au moins, sont axiologiquement indifférentes. Dès lors, une règle *immorale* est en quelque sorte invalide juridiquement (ou devrait l'être) ; mais cela n'entraîne aucune conséquence sur l'*absence* de règle juridique sur tel ou tel objet. Si aucune règle n'interdit l'homosexualité, et si l'homosexualité est immorale, alors cette absence de règle n'est en tant que telle pas « invalide », puisque la règle absente ne peut, par hypothèse, se rattacher à aucune source – sinon elle ne serait pas « absente ». Certes, en vertu de la règle de clôture *nullum crimen* qui vaut dans un grand nombre de droits pénaux, l'homosexualité est alors permise, mais il s'agit d'une permission faible, et non pas d'une norme permissive³⁷, rattachable à une source. En ce sens, le législateur peut (a la possibilité voire la permission) de s'*abstenir* de légiférer en matière morale, ce qui n'empêche pas que la moralité d'une règle fasse partie de sa validité juridique.

Selon la seconde approche (« incorporationniste »)³⁸, le caractère méritoire d'une norme quelconque suffit à en faire une norme juridique indépendamment de toute source sociale : le rattachement à une source n'est pas une condition nécessaire pour qu'une norme soit juridiquement valide. Par exemple, le fait qu'une norme qui oblige à venir en aide à ses parents dans le besoin soit moralement bonne suffit à en faire une norme juridique, quand bien même l'article 205 du Code civil n'existerait pas. Il semble que si l'on soutient une telle réfutation « incorporationniste » de la thèse substantielle, on soit obligé de soutenir (LLM*) – ou plutôt une thèse plus large que (LLM*) ne portant pas exclusivement sur la morale « positive », mais sur la morale *simpliciter* : puisqu'une règle moralement bonne est juridiquement valide indépendamment de ses sources, le

le droit positif, comme processus rationnel, est lui même source de valeur morale et de validité. Mais Robert Alexy a proposé une autre distinction entre antipositivismes exclusif et inclusif (qui correspond à deux variantes de ce qu'on a appelé antipositivisme strict) : le premier stipule qu'il est conceptuellement nécessaire qu'une règle juridique moralement défectueuse soit *toujours* invalide ; le second stipule que cette invalidation n'intervient que dans *certaines cas*, par exemple dans les cas d'injustice extrême (voir R. ALEXY, « Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Philosophy of John Finnis », *American Journal of Jurisprudence*, 58, 2013, p. 97-110).

36. Que l'on peut attribuer, par exemple, à Radbruch et Alexy.

37. Sur la distinction entre permission forte et faible, le *locus classicus* est G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, Londres, Routledge, 1963, p. 86. L'analyse la plus poussée a été fournie par Carlos Alchourrón et Eugenio Bulgin dans de nombreux travaux (voir par exemple C. ALCHOURRÓN et E. BULGIN, *Normative Systems*, Vienne-New York, Springer, 1971, p. 126.)

38. Que l'on pourrait attribuer à M.S. Moore, H. Hurd et, *mutatis mutandis*, R. Dworkin.

fait qu'une règle soit morale est une condition suffisante pour qu'il soit permis de l'incorporer au droit. Mais on peut très bien interpréter la réfutation « incorporationniste » de la thèse substantielle comme une thèse purement *descriptive* ou *conceptuelle* (puisque la thèse substantielle est *prima facie* une thèse descriptive ou conceptuelle) : en ce sens on pourrait tout à fait reconnaître qu'une règle méritoire (par exemple : « il faut châtier les homosexuels ») est de ce fait valide juridiquement, *mais qu'il est mauvais qu'il en aille ainsi* (par exemple parce qu'il revient à Dieu, et non aux hommes, de châtier les sodomites).

Par conséquent, quand bien même (LLM*) serait une thèse beaucoup plus générale (portant sur la morale *simpliciter*), la thèse de l'implication resterait fautive. Du reste, comme on va le voir dans la prochaine section, (LLM*) n'est pas identique à cette thèse plus large puisqu'elle porte exclusivement sur la morale *positive*.

Certes, celui qui refuse (LLM*) pourra également refuser la thèse substantielle, et vice versa, mais il n'y a là nulle nécessité. De ce point de vue, il convient de distinguer le *légalisme*³⁹, que Hart manifeste dans sa critique de la décision *Shaw v. Director of Public Prosecution*, de son *positivisme*⁴⁰. Que le juge légifère

39. Par « légalisme », j'entends l'attitude morale d'approbation du principe de légalité (y compris, mais non exclusivement, le principe de légalité des délits et des peines), et non l'attitude de soumission inconditionnelle au droit, qui peut d'ailleurs être motivée par la surévaluation morale du principe de légalité. Sur le « légalisme » en ce second sens, on renvoie aux analyses classiques de Judith Shklar (J. SHKLAR, *Legalism*, 2^e éd., Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1986). – On reviendra plus loin sur le « légalisme » de Hart.

40. La distinction entre positivisme et légalisme est importante, même si les écrits de Bentham, et, aujourd'hui ceux des positivistes « normatifs », ont beaucoup fait pour la troubler. Il est vrai que l'éloge de la *common law* s'accompagne parfois d'une forme de jusnaturalisme. Ainsi, au XVIII^e siècle, John Erskine écrit : « La transgression de la loi divine (...), là où il n'y a aucune loi (*statute*) la prohibant, est, dans notre pratique, un crime et peut être puni, y compris par la mort, si la nature de l'acte criminel le mérite. Ainsi la bestialité et la sodomie sont, dans notre usage, des crimes capitaux (...) bien qu'aucun de ces crimes n'ait été déclaré criminel par voie législative » (J. ERSKINE, *An Institute of the Laws of Scotland*, cité par N. MACCORMICK, « A Moralistic Case for A-Moralistic Law? », *Valparaiso University Law Review*, 20/1, 1985, p. 1-41, p. 24). Mais l'idée légaliste selon laquelle en matière pénale du moins, la source de droit devrait *uniquement* être la législation n'a rien à voir avec le positivisme juridique (tel du moins que l'entend Hart), et d'ailleurs des jusnaturalistes tels que Beccaria ou Montesquieu l'ont soutenue (sur la dette de Bentham à l'endroit de Beccaria sur ce point, voir H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 48). En faisant coïncider droit naturel et *common-law* d'une part, et positivisme et légalisme de l'autre, Bentham effectue une caractérisation très orientée du positivisme juridique (puisque en faisant de la législation la seule source *conceptuellement* possible de droit, Bentham entend en réalité condamner le *contenu* des décisions de « Judge and Co »). Austin l'a bien vu qui reconnaît que la marge de pouvoir créateur de droit laissée aux juges n'est nullement incompatible avec le positivisme juridique (voir J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 163).

est tout à fait cohérent avec la thèse substantielle, dès lors que la jurisprudence (les précédents) est reconnue comme une source de droit – même si on pourrait souhaiter qu'en matière pénale, il s'abstienne de légiférer, que ce sur quoi il légifère soit congruent ou non avec la « morale positive ».

III. MORALISME JURIDIQUE ET DROIT NATUREL

On a jusqu'ici retenu un concept étroit de « positivisme juridique », et on peut voir que le positivisme entendu en ce sens n'est pas impliqué ou présupposé par (LLM*). On peut alors adopter un concept *plus large* du positivisme juridique, selon lequel le droit n'a pas de « fonction morale ». Selon ce concept plus large, le droit s'entend comme un mode de contrôle social qui peut être employé à de multiples fins, et n'a donc pas nécessairement de « fonction morale » – c'est une thèse que Hart, semble-t-il, a soutenue. Dès lors, il semble bien que la thèse défendue par Hart dans *Law, Liberty and Morality* suppose un tel positivisme *lato sensu*, dans la mesure où elle constitue la réfutation d'une thèse soutenue par un certain courant du jusnaturalisme⁴¹, rival archétypique du positivisme juridique.

En effet, il semble bien que selon une tradition que l'on pourrait qualifier rapidement de néo-thomiste, la fonction du droit positif est de se conformer à des exigences morales nécessaires et éternelles. Ainsi, il ne fait aucun doute pour cette tradition que l'homosexualité, en particulier l'homosexualité masculine, est un vice, si ce n'est un péché. Par conséquent il est de la fonction, et du devoir, du droit, de réprimer ce vice. Si l'on veut réfuter cette thèse, il faut adopter une thèse d'apparence positiviste selon laquelle la fonction du droit n'est pas de se conformer (ou de contraindre l'individu à se conformer) à des exigences morales, contrairement à ce qu'avance, semble-t-il, la « tradition centrale » du droit naturel. Le positivisme en question ne serait pas réduit à la thèse substantielle, qui n'a rien à voir avec la présente dispute, mais un positivisme « élargi », destiné à répondre à la thèse selon laquelle du droit immoral est certes valide juridiquement (au sens des critères intrasystémiques de validité), mais n'est pas conforme au « sens focal » du droit, et n'est pas un « cas central » de droit (c'est l'interprétation offerte par John Finnis du *motto* attribué à Augustin : « *injusta lex non est lex* »⁴²). Si l'on adopte donc un positivisme, plus large que la thèse substantielle, destiné à rejeter la thèse du « sens focal » – selon laquelle du droit immoral demeure en quelque sorte du droit mais en un sens moins éminent, du droit non

41. Il s'agit bien d'un certain courant du jusnaturalisme (la « tradition centrale »), celui que l'on identifie le plus aisément à une position antilibérale en matière morale. De très nombreux jusnaturalistes contestent les thèses de la « tradition centrale » sur de multiples aspects.

42. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, p. 11 et p. 363-366.

pas *simpliciter* mais *secundum quid* – la thèse de l’implication serait, au moins de manière présomptive, vraie, puisqu’en rejetant le « moralisme juridique » (*legal moralism*), (LLM*) rejetterait également le jusnaturalisme, entendue comme thèse du sens focal *moral* du concept de droit.

Or un tel raisonnement est de toute évidence erroné, pour plusieurs raisons. En premier lieu, (LLM*) est calibré pour réfuter une thèse distincte de, et à bien des égards contraire à, la « tradition centrale » du droit naturel. En second lieu, il apparaît que les tenants contemporains de la « tradition centrale », qui est pourtant la variante la plus moralement conservatrice du droit naturel, soutiennent des thèses en grande partie compatibles avec (LLM*) : d’ailleurs, même à supposer que (LLM*) porte sur la morale *simpliciter* et non sur la « morale positive », cette thèse pourrait être soutenue jusqu’à un certain point par un jusnaturaliste soucieux de montrer que l’existence d’une norme morale ne justifie pas par elle-même sa mise en œuvre par le droit pénal.

A. Devlin contre la tradition

Dès son article du *Listener* consacré à Devlin, Hart remarque que

« Le trait le plus remarquable de la conférence de Sir Patrick est sa conception de la nature de la morale (...). La plupart des penseurs qui, avant lui, ont rejeté le point de vue libéral l’ont fait parce qu’ils pensaient que la morale consistait soit dans des commandements divins, soit dans des principes de conduite humaine découvrables par la raison humaine. (...) [Pour cette raison], il semblait évident que l’État dût l’appliquer (*enforce it*) (...). Sir Patrick ne fonde pas son rejet du point de vue libéral sur de telles conceptions religieuses ou rationalistes »⁴³.

Il est bien connu en effet que Devlin adopte une conception antirationaliste de la morale, qu’il envisage à l’aune de « l’homme raisonnable » sous toutes ses déclinaisons (« l’homme de l’omnibus de Clapham », « l’homme de la rue », « l’homme sur le banc des jurés », etc.), lequel est opposé à, ou tout au moins distingué explicitement de, « l’homme rationnel »⁴⁴. En ce sens le critère de moralité fourni par l’homme raisonnable est avant tout négatif : il permet de déterminer quels sont les comportements ou les modes de vie qui dépassent les

43. H.L.A HART, « Immortality and Treason », *The Listener*, 62/1583, (30 juillet), 1959, p. 162-163, p. 162. J’ai recours à la version publiée dans *The Listener* plutôt qu’à sa réimpression partielle in : R. DWORKIN (dir.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

44. Voir P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 15.

bornes de la tolérance de la société. Cette espèce de sens moral (entendu en un sens très large et non technique) se caractérise par trois sentiments majeurs : l'intolérance, l'indignation et le dégoût⁴⁵. Or pour Devlin, c'est la présence conjointe de ces trois éléments au sein de la société qui autorisent le droit pénal à criminaliser les comportements ou les modes de vie qui les suscitent – la justification en étant la « thèse de la désintégration », que je laisse de côté⁴⁶.

La morale en question est donc la morale dominante au sein d'une société donnée, et elle peut ou non coïncider avec les « vrais » principes moraux dégagés par la tradition jusnaturaliste. Or non seulement Devlin affirme que ces « vrais principes » ne sont pas pertinents pour la justifiabilité de l'application de la morale par le droit pénal, mais de surcroît que quand bien même ces principes existeraient, leur contrariété éventuelle aux standards moraux communément partagés n'empêcherait pas que ceux-ci dussent néanmoins être appliqués par le droit pénal : en cherchant quel principe moral appliquer, « ce que le législateur (*lawmaker*) doit déterminer n'est pas la croyance vraie mais la croyance partagée »⁴⁷. Toute prétention à la « vérité » en morale, en particulier celle qui est manifestée dans le droit naturel classique (de type thomiste), est rejetée comme

45. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, p. 17.

46. Selon la thèse de la désintégration, l'incapacité du droit pénal à maintenir vivace la morale partagée dans une société entraîne la désintégration de cette dernière (P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, p. 13). Hart a consacré une bonne partie de *Law, Liberty, Morality* (H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 48-52 et p. 69-77), ainsi qu'un article entier (H.L.A. HART, « Social Solidarity and the Enforcement of Morality » in : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983), à réfuter cette thèse, ce qui contribue à lui donner une apparence de sérieux qu'elle ne mérite pas, puisqu'elle repose sur un immense *nonsequitur*. Même si on accorde à Devlin une partie des prémisses de son raisonnement (que Hart prend la peine de réfuter une à une), à savoir 1° que sans l'appui du droit pénal, la morale partagée d'une société ne peut se maintenir ; 2° que le droit pénal tire sa justification *prima facie* du fait qu'il est instrumentalement nécessaire pour la préservation de la société ; 3° que dans une société donnée il ne peut y avoir qu'une seule morale partagée (refus du pluralisme moral) ; 4° qu'une société se définit par une certaine morale partagée, il est impossible d'en déduire que la thèse de la désintégration est exacte. Tout au plus est-il possible d'affirmer que sans la mise en œuvre par le droit de la morale partagée, celle-ci est amenée à subir des modifications drastiques, et par conséquent que l'*identité* de la société s'en trouve menacée, mais nullement son *existence*. C'est pourquoi on peut regretter que Hart ait consacré autant de temps à réfuter la thèse de la désintégration, et s'accorder avec John Finnis pour affirmer que cette partie du débat est « secondaire, stérile, vague et dont la vérifiabilité empirique est douteuse » (J. FINNIS, « Hart as a Political Philosopher », p. 270 n. 53).

47. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, p. 94. Devlin ajoute quelques lignes plus loin : « Il y a eu, il y a et il aura toujours de mauvaises lois, de mauvaises morales, de mauvaises sociétés. Probablement aucun législateur (*law-maker*) ne croit que la morale qu'il promulgue est fautive, mais cela ne la rend pas vraie. Hélas, de mauvaises sociétés peuvent vivre sur une morale mauvaise, tout comme les bonnes sociétés sur une morale bonne ».

théiste ou comme élitiste⁴⁸. Ce qui importe en fin de compte dans la morale partagée et en justifie la mise en œuvre par la morale est moins son caractère moral que le fait qu'elle soit partagée. Comme le fait remarquer Robert George, qui défend la « tradition centrale », cela n'implique pas pour autant que Devlin soit un sceptique moral⁴⁹ ; Devlin affirme simplement que s'il existe des vérités morales, elles ne sont pas pertinentes en tant que telles, puisque, pour justifier la punition d'un comportement, seul est nécessaire un sentiment partagé d'intolérance. Cela suffit Devlin à opposer le moralisme juridique qu'il adopte à celui de la tradition thomiste, pour laquelle « la seule morale qui peut être mise en œuvre (*enforced*) dans les cas (...) où il est souhaitable de mettre en œuvre des obligations morales, est la *vraie* morale, non toute morale, *quelle qu'elle soit*, qui se trouve être dominante dans une société donnée »⁵⁰. En fin de compte, ce qui justifie le moralisme juridique, selon Devlin, c'est moins que la morale partagée est *morale* que le fait qu'elle est *partagée*.

B. Morale « positive » et « critique »

Le propos développé par Hart dans *Law, Liberty and Morality* est calibré pour répondre à Devlin, et non pas à la « tradition centrale » du jusnaturalisme⁵¹. C'est pourquoi il faut prendre au sérieux la distinction essentielle effectuée (ou plutôt ravivée) par Hart entre morale critique et morale positive⁵². Par morale positive (expression que Hart emprunte à Austin), on peut entendre tout ensemble de règles primaires partagées au sein d'une société donnée et qui se distinguent de règles d'autre type (par exemple les règles d'étiquette) par un ensemble de caractéristiques propres (pression sociale accrue, sacrifice potentiellement important sur le plan des intérêts personnels), et qui se distinguent des règles primaires d'obligation *juridiques* par quatre traits principaux que Hart détaille et analyse au

48. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, p. 91-93.

49. R.P. GEORGE, *Making Men Moral*, Oxford, Clarendon Press, p. 59.

50. R.P. GEORGE, *Making Men Moral*, p. 60. George rejette également l'aspect conséquentialiste propre à la « thèse de la désintégration » que, contrairement à Finnis, il prend néanmoins au sérieux (R.P. GEORGE, *Making Men Moral*, p. 65-71).

51. « Il ne fait aucun doute que, dans de plus anciennes controverses, les positions adverses étaient différentes : il est possible qu'alors la question était de savoir si l'État peut punir seulement les activités causant un mal séculier ou également les actes de désobéissance à ce que l'on croyait être des commandements divins ou des prescriptions du droit naturel. Mais ce qui est crucial dans ce débat dans sa forme moderne est l'importance que l'on doit attacher au fait historique qu'un certain comportement est prohibé par la morale positive » (R.P. GEORGE, *Making Men Moral*, p. 23-24).

52. H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 17-24.

chapitre VIII.2 du *Concept de droit*⁵³. C'est précisément à cette morale positive que Devlin fait référence lorsqu'il parle de moralité partagée. Hart s'accorde donc avec Devlin pour reconnaître le caractère social de la morale. La morale, de même que le droit est un ensemble de *règles conventionnelles*, et, de ce fait, du moins en partie contingentes et variables.

Par contraste la morale critique n'est pas un ensemble de règles de comportement, mais un ensemble de critères de justification. Alors que la morale positive est en elle-même une pratique⁵⁴ (même si des écarts existent jusqu'à un certain point), portant sur un ensemble de comportements, qu'elle approuve ou réprouve, 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. Ainsi, le « *Harm Principle* » n'est pas en première instance destiné à qualifier moralement les comportements susceptibles de causer du tort à autrui, mais à justifier l'usage de la coercition et de la peine par l'État, qui est *prima facie* non justifié. De cela on peut certes déduire que dans une société où le « *Harm Principle* » serait largement reconnu, le seul critère de condamnation morale positive des comportements serait le tort causé à autrui. Il demeure que, du point de vue de Hart, qui écrit dans une société dont la morale positive n'est pas précisément utilitariste, il n'est pas nécessaire de montrer que l'homosexualité ou la prostitution ne sont pas immorales (puisqu'elles le sont selon la morale positive) mais on peut montrer qu'il est immoral d'en faire l'objet de sanctions pénales⁵⁵ :

53. On renvoie ici au *Concept de droit*, VIII.2, qui en fournit une analyse détaillée.

54. On passe sous silence les modifications apportées par Hart dans le Postscript du *Concept de droit* à sa théorie des règles fondée sur la pratique (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 255-257 ; H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 272-274). – À bien des égards, la distinction morale critique/morale positive aurait pu permettre à Hart de répondre différemment aux critiques de Ronald Dworkin, du moins en ce qui concerne les règles morales. Dans le *Postscript*, Hart renonce à l'idée de morale conventionnelle au motif que les individus qui adoptent, à l'endroit des règles morales partagées, le point de vue interne peuvent suivre ces règles pour des raisons diverses (respect de la tradition, instinct grégaire, etc.) tout en les trouvant moralement mauvaises. Mais un tel jugement est typiquement un jugement moral *critique* et non un jugement effectué *du point de vue* de la morale positive. Par conséquent la distinction effectuée par Hart, à la suite de Dworkin, entre consensus de convention et consensus de conviction ne semble pas nécessaire.

55. Il est important de souligner que le débat avec Lord Devlin porte exclusivement, pour des raisons qui tiennent aux arguments avancés par Devlin lui-même, sur la permissibilité (voire l'obligatorité) de la mise en œuvre par le droit (pénal) de la morale *positive*. Ce point a été quelque peu perdu de vue par Gerald Dworkin dans sa réhabilitation provocatrice de Devlin. G. Dworkin soutient en effet que, bien que Hart ait raison d'être partisan de la dépenalisation de l'homosexualité, il ne peut fonder sa position sur l'idée selon laquelle le droit ne devrait pas se faire l'instrument de la morale, idée qui n'est, selon lui, pas correcte ; et en ce sens, Lord Devlin a raison. Par conséquent, « les libéraux qui souhaitent dénoncer, par exemple la criminalisation de la sexualité homosexuelle » doivent

« Il serait absurde de refuser de qualifier de “moraux” des interdits sociaux aussi énergiques ; la morale sexuelle est d’ailleurs peut-être l’aspect le plus important de ce que l’homme de la rue estime être la morale. Certes le fait qu’une société puisse concevoir sa propre morale sous cet angle “non utilitariste” ne signifie pas que ses règles soient à l’abri de la critique ou de la condamnation, quand leur maintien est jugé inutile ou quand ce maintien est assuré au prix d’une grande souffrance »⁵⁶.

Devlin ne distingue pas morale critique et morale positive, mais son entreprise de justification de la mise en œuvre de la morale positive par le droit pénal est elle-même une entreprise de morale critique, ce qui suffit à rendre son relativisme quelque peu paradoxal. La raison en est sans doute que Devlin se conçoit lui-même comme un homme de l’omnibus de Calpham et s’inquiète de voir le pluralisme moral minant les fondements traditionnels de la société. Par contraste, Hart, en thématissant la distinction, réactive un élément de certitude morale irréductible aux préceptes de la morale positive. Il va de soi qu’à cette certitude ne correspond pas le réalisme moral propre au droit naturel thomiste : nous n’avons pas d’un côté la morale positive, l’ensemble des règles suivies par la société, et de l’autre, des vérités morales éternelles – Hart souligne lui-même à la fin de *Law, Liberty and Morality* que les valeurs ne sont pas susceptibles de preuve⁵⁷. La possibilité d’une morale critique dépend conceptuellement de l’existence d’une morale positive, et ne peut se détacher que sur fond de morale positive. C’est en réfléchissant sur la morale positive de la société que l’on s’aperçoit qu’elle instancie, encore que de manière très imparfaite et très incohérente, des valeurs : la restriction de la liberté et la misère humaine sont des valeurs négatives. Le droit pénal est typiquement une institution qui entraîne ces deux maux ; et le simple fait que Devlin sente

montrer « que la raison pour laquelle une telle conduite ne doit pas être criminalisée est qu’il n’y a rien d’immoral là-dedans » (G. DWORKIN, « Devlin Was Right : Law and the Enforcement of Morality », *William and Mary Law Review*, 40, 1999, p. 927-946, p. 946). Certes, la version du moralisme juridique soutenue par G. Dworkin est défendable (selon le critère de moralité que l’on retient) ; mais il ne peut de manière cohérente l’attribuer à Devlin. G. Dworkin écrit ainsi : « Il est important de noter que presque tout le débat Hart-Devlin concerne la mise en œuvre (*enforcement*) de la morale « positive » (...) ; je ne m’intéresse exclusivement à la mise en œuvre de la morale “critique” » (G. DWORKIN, « Devlin Was Right : Law and the Enforcement of Morality », p. 928). Or, non seulement Hart ne voit aucun inconvénient à ce que le droit mette en œuvre les principes de la morale critique qu’il défend (voir H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. x), mais de surcroît c’est bien *parce qu’elle est positive*, et non parce qu’elle est *morale*, que, selon Devlin, la morale positive doit être mise en œuvre par le droit pénal.

56. H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 192 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 175.

57. Voir H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 83. Pour un commentaire éclairant, N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, 2^e éd., Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 63-67.

nécessaire de *justifier* la mise en œuvre par le droit pénal de mesures coercitives dans certaines matières morales montre que cette mise en œuvre ne va pas de soi, que des principes de morale critique sont nécessaires⁵⁸ et que la liberté humaine est une valeur dont la limitation nécessite justification. Aussi bien la certitude obtenue dépend-elle d'une exigence de cohérence normative (de « rationalité », selon les termes du *Concept de droit*⁵⁹), et non pas de l'existence de vérités morales indépendantes.

La distinction de la morale critique et de la morale positive fournit à Hart des arguments décisifs pour rejeter ce que, plusieurs années après, Joel Feinberg⁶⁰ appellera la thèse de la « coïncidence parfaite » entre d'un côté ce que la morale requiert ou réprouve de l'agent et de l'autre ce qu'il est moralement permissible pour le droit de mettre en œuvre, en particulier au moyen d'instruments coercitifs⁶¹. En effet, ce n'est pas la même « morale » qui est en jeu dans les deux cas. Qu'un comportement soit réprouvé par la morale *positive* ne permet pas de présumer qu'il est *moralement* acceptable de le sanctionner pénalement – autrement dit il n'y a même pas de présomption *prima facie* en ce sens. Ainsi ce qu'il est moralement permis au droit de mettre en œuvre est nécessairement plus *restreint* que ce qui est moralement approuvé ou réprouvé pour la morale positive. D'autre part il n'y a pas, selon Hart en tout cas, de coïncidence entre ce qu'une morale critique utilitariste requiert des individus (ne pas faire de tort à autrui) et ce que, selon cette morale, il est permissible au droit de mettre en œuvre, qui est plus *large* – ce que l'acceptation hartienne d'une certaine forme de paternalisme semble laisser penser⁶², mais ce point est sans doute moins clair.

L'argument principal de Hart vise simplement à démontrer que, quoi qu'on pense de certains comportements, il n'est pas justifié de les interdire sur le seul fondement de leur non-conformité à la morale positive. Or cet argument est

58. « Quiconque regarde cette question comme ouverte à discussion accepte nécessairement le principe critique, central dans toute morale, que la misère humaine et la restriction de la liberté sont des maux ; c'est la raison pour laquelle la mise en œuvre de la moralité par le droit appelle justification » (H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 82).

59. Voir H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 201 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 201.

60. J. FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law. Vol. 4: Harmless Wrongdoings*, Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 124. À vrai dire, l'expression « coïncidence parfaite » apparaît incidemment sous la plume de Feinberg – c'est William Edmundson qui en a fait la formulation canonique de la thèse en question (voir W.A. EDMUNDSON, *Three Anarchical Fallacies*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 129 et s.).

61. Il convient d'insister sur le fait que la thèse de Hart porte exclusivement sur le *droit pénal* qui est en grande partie de nature coercitive. C'est son caractère coercitif qui en fait une institution *prima facie non justifiée*. La question de savoir si un contrat contraire « aux bonnes mœurs » doit être annulé n'est pas envisageable dans le cadre théorique de *Law, Liberty and Morality*.

62. H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 30-34.

compatible avec la « tradition centrale » du droit naturel, qui n'accorde aucune attention à la morale positive : comme l'écrit Finnis, « si nous nous intéressons à ce que la "morale en tant que telle" requiert, les références à la morale positive sont superflues (*beyond the point*) »⁶³. Par conséquent, qu'un comportement soit contraire à la morale positive n'implique pas qu'il soit contraire à la « vraie » morale⁶⁴. C'est pourquoi, d'un point de vue purement théorique, les jusnaturalistes thomistes n'ont aucune raison de refuser (LLM*), qui porte uniquement sur la *morale positive*, laquelle n'a, à leurs yeux, aucune espèce d'importance.

Mais bien au-delà, la « tradition » va jusqu'à soutenir qu'y compris lorsque la morale positive entre en intersection avec la « vraie morale » (comme c'est le cas pour la condamnation de l'homosexualité ou de la prostitution), cela ne suffit pas à en rendre la mise en œuvre par le droit nécessaire. Autrement dit, la « tradition centrale » *ne souscrit pas* à la thèse de la « coïncidence parfaite » : qu'un comportement soit contraire à la loi de nature n'implique pas que le droit positif doive (ou même ait la permission) de le sanctionner pénalement⁶⁵. C'est un point sur lequel certains thomistes contemporains, qu'il s'agisse de John Finnis⁶⁶, Joseph

63. J. FINNIS, « Hart as a Political philosopher », p. 271.

64. Finnis va jusqu'à dire que la « vraie » morale est la morale *critique*, telle que l'agent délibérant la découvre s'il est de bonne foi. Il s'agit d'un détournement du lexique hartien, puisque la morale critique sert ici à évaluer directement des comportements (l'homosexualité est mauvaise selon la morale critique finnisienne, quoi qu'en pense la morale positive). Finnis, ce faisant, ne s'aperçoit pas que la morale critique est, *conceptuellement*, dépendante de l'existence d'une morale positive sur laquelle elle s'exerce.

65. C'est un point sur lequel Thomas d'Aquin est très clair : « La loi humaine n'interdit pas tous les vices (...) mais seulement les plus graves (...) ; et surtout ceux qui nuisent à autrui » (THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, Ia-IIae, Quaest. 96, Art. 2, Resp.). Autrement dit, pour des raisons très différentes de Mill, Thomas adopte, moyennement aménagements significatifs – « surtout » ne veut pas dire « exclusivement » –, le « Harm Principle ».

66. Voir, par exemple, J. FINNIS, « Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government ? » in : R.P. GEORGE, *Natural Law, Liberalism and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 17, où Finnis, contre toute attente, *critique* la décision *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), dans laquelle la Cour suprême américaine a jugé qu'une loi pénalisant la sodomie entre adultes consentants en privé n'était pas contraire à la Constitution ; décision renversée par la décision *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Voir aussi J. FINNIS, « Liberalism and Natural Law Theory », *Mercer Law Review*, 45, 1994, p. 687-704, p. 698 ; J. FINNIS, « Hart as a Political Philosopher », p. 271-272. Il va de soi que l'homosexualité en tant que telle est fermement condamnée par Finnis comme étant un vice : voir J. FINNIS, « Law, Morality and "Sexual Orientation" », *Notre Dame Law Review*, 69, 1994, p. 1049-1076.

Boyle⁶⁷ ou Germain Grisez⁶⁸ ont insisté avec force⁶⁹.

Leurs raisons sont certes très différentes de celles de Hart. Ainsi ce dernier prend grand soin de distinguer le moralisme juridique du paternalisme, et peine à concevoir que la répression de l'homosexualité puisse être justifiée par un motif paternaliste⁷⁰ ; au contraire, Finnis affirme que l'homosexualité procure un « tort moral » (« *moral harm* ») à ceux qui la pratiquent, mais qu'il ne revient pas à l'État de protéger des individus adultes contre des torts moraux qu'ils s'infligent en privé. Le refus par Finnis de la thèse de la coïncidence parfaite provient donc avant tout d'un rejet du paternalisme moral. Ici la dimension publique/privée est importante⁷¹ : l'homosexualité étant immorale (selon ces auteurs), sa manifestation publique ou son encouragement par l'État est de nature à causer un tort moral à la société, dont le droit (éventuellement le droit pénal) doit la protéger – de la même manière que, comme dirait Devlin, il doit la protéger de la trahison. Autrement dit il convient de distinguer la morale privée de la morale publique, dont la mise en œuvre par le droit positif est non seulement permmissible, mais obligatoire. Si elle l'est, ce n'est pas parce qu'elle est immorale, mais parce qu'elle cause du tort (on a là une interprétation un peu constructive du « Harm Principle »)⁷².

67. J.M. BOYLE, « Positivism, Natural Law and Disestablishment », *Valparaiso University Law Review*, 20, 1985, p. 55-60.

68. G. GRISEZ et J.M. BOYLE, *Life and Death With Liberty and Justice*, Notre Dame [Ind.], Notre Dame University Press, 1979, p. 452-458.

69. Simon Lee indique que c'est même la position officielle de l'Église (voir S. LEE, *Law and Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 2-14).

70. À mon avis, Hart a raison de distinguer *conceptuellement* le paternalisme du moralisme juridique, même si cela l'empêche de prendre conscience de l'existence d'arguments mêlant les deux aspects, arguments qui sont très prégnants dans le débat contemporain (sur la prostitution par exemple). Sur ce « paternalisme moral », voir J. FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law. Vol. 1 : Harm to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 12-13 et p. 65-70; J. FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law. Vol. 4: Harmless Wrongdoings*, p. 16-17. – De fait, Devlin en tire un argument très puissant contre Hart (voir P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, p. 132-137).

71. Un auteur comme Robert George est beaucoup plus favorable au paternalisme moral, et refuse que la dimension privée soit un obstacle à la mise en œuvre de la morale par le droit (voir R.P. GEORGE, *Making Men Moral*, p. 210-217).

72. Finnis, de manière tout à fait injuste, reproche à Hart de ne prêter aucune attention à ce la distinction public/privé (J. FINNIS, « Hart as a Political Philosopher », p. 271). Or Hart consacre une section de *Law, Liberty and Morality* à ce sujet. (Voir H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 38-39). Il est vrai que le contraste entre « *private immorality* » et « *public indecency* » a en partie une fonction instrumentale visant à ridiculiser les « tourments » (« *distress* ») qu'éprouverait l'homme de l'omnibus de Clapham en apprenant que deux hommes se sodomisent en privé (par comparaison à « l'offense » que cette activité causerait si elle était pratiquée en public). D'autre part, il est certain que là où Hart diverge fondamentalement de Finnis, c'est qu'il se refuse à accorder que si le législateur interdit à deux hommes de se sodomiser dans la rue, il le fait pour des raisons directement morales :

Les jusnaturalistes d'inspiration thomiste seraient donc *en accord* avec la thèse (LLM*), et conviendraient avec Hart que la thèse de la coïncidence parfaite doit être rejetée. Certes les motifs diffèrent – chez Hart, il s'agit d'un refus du *moralisme* juridique, alors que les jusnaturalistes critiquent le *paternalisme moral*. Mais cette divergence n'a pas pour origine leur désaccord sur la nature du droit, c'est-à-dire l'opposition entre positivisme et jusnaturalisme ; elle provient uniquement du fait que le contenu de la morale critique hartienne diffère très largement de celui de la morale néo-thomiste, et, d'autre part, que Hart non seulement est très réticent à reconnaître l'existence d'un paternalisme moral – certes assez absent des justifications de la criminalisation de l'homosexualité à l'époque du rapport Wolfenden –, mais qu'il accorde certaines vertus au paternalisme en tant que tel.

Par ailleurs, il est évident que s'il y a accord (encore que pour des motivations et des justifications différentes, on l'a vu) sur le principe général selon lequel le fait qu'un comportement soit immoral n'est pas de nature à justifier sa prohibition par le droit pénal, il y aurait de nombreux désaccords entre Hart et les thomistes sur les cas particuliers d'application de ce principe (l'avortement serait sans doute un cas de désaccord)⁷³. Il est par ailleurs certain que Hart aurait refusé un grand nombre des thèses que Finnis tient pour évidentes, par exemple que l'homosexualité est moralement condamnable du point de vue de la « vraie » morale, ou que l'État a le devoir moral de décourager l'homosexualité, de présenter l'homosexualité comme un mode de vie non désirable, et de pénaliser ses modes d'expression publique (autres que celles qui choquent la décence, bien entendu)⁷⁴.

s'il le fait, ce n'est pas parce que ce sont *des homosexuels* qui le font, mais parce qu'ils le font *dans la rue* (de même que le fait pour un couple marié de faire l'amour n'est pas immoral en privé, mais devient indécent s'ils le font en public).

73. Comme le fait remarquer Devlin (P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, p. 245), Hart ne se prononce pas directement sur l'avortement dans *Law, Liberty and Morality*, et il semble même l'exclure des cas « simplement immoraux ». Au début de la deuxième conférence, il indique que les exemples les plus évidents de mise en œuvre de la morale par le droit concernent la morale sexuelle, ce à quoi « certains ajouteraient des cas supplémentaires », parmi lesquels, l'avortement, la bigamie, l'euthanasie. Il indique que « certains de ces cas » (i.e. pas tous) ne doivent pas être conçus comme « simplement immoraux » et que leur condamnation par le droit peut se justifier sur d'autres fondements (voir H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 25-26) : ainsi, la bigamie peut être prohibée sur la base de son indécence (distinguée de son immoralité) ; la prohibition de l'euthanasie (consentie par l'euthanasié) peut être justifiée par une adoption du paternalisme (physique), qui nierait que le consentement diminue le tort (*harm*). Évoquant la cruauté envers les animaux, Hart justifie sa prohibition sur des bases classiquement utilitaristes mettant en évidence la souffrance (H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 34). L'avortement ne prend place dans aucune de ces catégories (paternalisme, indécence, souffrance).

74. Finnis reconnaît que « le « libéralisme distinctif des années 1960 » se distinguait par la préoccupation que la dénonciation de la mise en œuvre sociale de la condamnation morale de certains types de comportements ne parût pas être une dénonciation de cette condamnation morale elle-

Il demeure que tous ces points sont clairement *obiter* dans la perspective de *Law, Liberty and Morality*, qui porte exclusivement sur le *droit pénal*, branche du droit qui demande une justification critique de manière plus évidente que les autres branches du droit, et sur la *morale positive* : en tant que telle, la thèse centrale défendue par Hart dans cet ouvrage est en grande partie compatible avec les enseignements de la tradition jusnaturaliste. Si Hart avait soutenu une thèse plus large que (LLM*) portant sur la morale *simpliciter*, les points de friction eussent peut-être été plus nombreux.

Ainsi, non seulement, comme on l'a vu plus haut, il n'est pas nécessaire d'être positiviste pour souscrire à (LLM*), mais (LLM*) est, dans une certaine mesure, compatible avec le courant le plus moralement conservateur du jusnaturalisme ! En ce sens, l'adoption d'un positivisme élargi, visant à nier l'existence d'une « fonction morale » du droit, ne change rien, puisque reconnaître une telle « fonction morale » est compatible avec (LLM*).

III. UN ESSAI DE « POSITIVISME NORMATIF » ?

Il semble cependant que l'on pourrait rattacher (LLM*) au projet positiviste d'une autre manière : en renonçant à la « thèse méthodologique » du positivisme, c'est-à-dire en renonçant à l'idée que le positivisme constitue une tâche en elle-même descriptive (ou conceptuelle) et moralement neutre. C'est la thèse soutenue par le courant contemporain du positivisme juridique normatif. Nous allons laisser dans un premier temps de côté le problème du moralisme juridique et de sa réfutation par (LLM*) afin d'envisager la consistance de la notion de « positivisme normatif » ; puis nous verrons dans quelle mesure il peut (ou non) être envisagé comme étant au fondement de (LLM*).

même ». Il ajoute cependant : « Dans les années 1980 (...) cette barrière est tombée » (J. FINNIS, « Hart as a Political Philosopher », p. 274). Il cite à cet effet un passage de la biographie consacrée à Hart par Nicola Lacey qui rapporte la fureur de Hart à l'endroit de la « Clause 28 » (Section 28 du *Local Government Act* de 1988), qui faisait interdiction aux autorités locales de promouvoir l'homosexualité ou de promouvoir l'enseignement dans les écoles publiques de l'idée selon laquelle l'homosexualité est un mode de vie acceptable (voir N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, p. 356).

A. L'idée de positivisme normatif

Il y a plusieurs variantes du « positivisme normatif »⁷⁵, certaines étant pour une bonne part incompatibles entre elles. L'idée commune est que la thèse substantielle – à savoir la thèse selon laquelle la validité d'une règle juridique dépend de sa source et non de son mérite – décrit quelque chose de moralement bon ou de moralement souhaitable. De ce point de vue, la variante la plus faible du « positivisme normatif » est évaluative davantage que normative⁷⁶. On peut, avec Andrei Marmor, en isoler deux sous-versions :

(NLP1) : la *Thèse substantielle* est vraie, et le fait que cela soit reconnu est moralement bon.

(NLP2) : la *Thèse substantielle* est vraie, et décrit quelque chose de moralement bon.

Hart souscrit sans nul doute à (NLP1) : le choix d'une théorie positiviste est non seulement épistémiquement supérieur à toute autre théorie, mais elle l'est sans doute aussi moralement, en ce qu'elle contribue à démystifier le droit⁷⁷ et le rend plus propice à la critique morale. Autrement dit, contrairement à ce que, par exemple, Fuller soutenait, le choix de la *thèse substantielle*, loin d'asservir le théoricien du droit au régime ou au droit en vigueur, fût-il le plus abject, lui permet de critiquer efficacement le droit, puisque la validité des ses règles se distingue de leur mérite moral. De surcroît, une thèse qui part du principe que toute règle de droit immorale n'est pas valide juridiquement minore, selon Hart, la complexité des questions morales que soulève une règle de droit immorale : c'est précisément parce qu'elle est *valide juridiquement* qu'une règle de droit soulève le conflit entre

75. Pour un examen aussi scrupuleux que critique de chacune de ces variantes, voir A. MARMOR, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 2006, p. 683-704.

76. La distinction entre normes et valeurs est disputée. Le *locus classicus* de la distinction se trouve dans G.H. VON WRIGHT, *The Varieties of Goodness*, Londres, Routledge, 1963, chap. 7, et on en trouve une défense minutieuse dans R. OGIEN et C. TAPPOLET, *Les concepts de l'éthique*, Paris, Hermann, 2008, chap. 1-4. Judith Jarvis Thomson accepte la distinction, mais rabat ultimement les évaluatifs sur les directifs (voir J.J. THOMSON, « Evaluatives and directives » in : G. HARMAN ET J.J. THOMSON (dir.), *Moral Realism an Moral Objectivity*, Cambridge, Harvard University Press, 1999 ; J.J. THOMSON, *Normativity*, LaSalle, Open Court, 2008, p. 207 et s.). Enfin Hilary Putnam rejette la distinction elle-même (voir H. PUTNAM, *The Collapse of the Fact-Value Dichotomy*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2002, p. 111 et s.).

77. Voir H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, p. 28

d'un côté l'impératif moral de ne pas l'appliquer, ou de ne pas y obéir, et de l'autre le principe moral de sécurité juridique⁷⁸.

Hart souscrit également, quoique de manière très limitée, à la seconde thèse (NLP2) : il y a dans le droit, même dans le plus inique, un élément moralement bon ou vertueux qui est le principe de justice formelle propre à toute pratique fondée sur des règles. Lorsqu'un groupe possède des règles, il est conceptuellement nécessaire que les règles s'appliquent également à des cas égaux, ce qui est un trait moralement bon. Évidemment, la détermination des propriétés pertinentes rendant deux cas égaux est sujette à controverse, mais l'*application* des règles (une fois cette détermination effectuée par l'auteur de la règle), si elle est une application *véritable* des règles, présentera nécessairement un trait de justice formelle. Cela ne veut pas dire que l'applicabilité des règles ne rencontre aucun obstacle ; mais *pour autant* que le droit est un système de règles, et que celles-ci sont appliquées de manière uniforme, il possède en cela nécessairement un trait vertueux, quoique bien entendu compatible avec la plus grande iniquité⁷⁹.

Jusqu'ici, ni (NLP1) ni (NLP2) ne contredisent la thèse méthodologique du positivisme : la thèse substantielle est envisagée comme une théorie *vraie* (empiriquement ou conceptuellement) ; ce qu'elle décrit ou conceptualise de manière vraie se trouve être doté d'une certaine valeur morale, encore que cette dernière soit à bien des égards défaisable. La principale raison de choisir la thèse substantielle est qu'elle accroît et affine notre compréhension du droit, et la portée évaluative du propos est strictement détachable de sa justifiabilité épistémique.

78. Il s'agit d'ailleurs sans doute d'une simplification de la part de Hart, ce qui mine sa controverse à distance avec Radbruch. En effet, selon Hart, quiconque niant la thèse substantielle est amené à partir du principe qu'une loi immorale est invalide juridiquement *ab initio*, ce qui empêche de formuler le dilemme entre moralité substantielle et sécurité juridique. Radbruch échappe typiquement à cette critique, puisqu'il reconnaît qu'un tel conflit est possible : selon Radbruch, une loi immorale n'est invalide juridiquement *que* lorsque l'exigence de justice substantielle surpasse l'exigence de sécurité juridique : le critère d'(in)validité retenu suppose donc le conflit moral résolu. Le véritable problème de la position de Radbruch est qu'il ne donne aucun critère de résolution du conflit lui-même (à partir de quand une injustice devient-elle « extrême » ?).

79. Voir H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 207 ; H.L.A. HART *Le Concept de droit*, p. 225. Il est vrai que, particulièrement lors de sa controverse avec Fuller, Hart est parfois réticent à qualifier de « morales » les vertus internes des règles (voir H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 349 ; voir aussi H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, p. 152). Cela s'explique sans doute en partie par le fait que Fuller a tendance à arguer du caractère « moral » de la légalité pour assurer une jonction insuffisamment argumentée entre cette dernière et la « moralité externe ». Contre Hart – qui indique que ce que Fuller appelle la moralité interne du droit découle en grande partie de considérations découlant du concept même de règle (voir H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 173-185 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 155-167), et, de surcroît, que cette « moralité » est « compatible avec une très grande iniquité » – Fuller nie qu'une telle compatibilité soit véritablement possible.

C'est pourquoi il faut se garder de confondre (NLP1) et (NLP2) avec les thèses suivantes (respectivement)⁸⁰ :

(NLP3) : La raison pour choisir la thèse substantielle sur toute autre théorie est *avant tout* une raison morale, tenant aux avantages moraux que cette théorie procure sur toute autre théorie.

(NLP4) : La raison pour choisir la thèse substantielle est que cette théorie rend mieux compte que toute autre théorie de la valeur morale de ce qu'elle décrit, en ce qu'elle isole les aspects les plus moralement significatifs du droit.

On verra plus loin que Neil MacCormick a soutenu ces deux thèses, et qu'il les a d'ailleurs attribuées à Hart. Le plaidoyer le plus significatif en faveur de l'idée que le choix d'une théorie du droit (positiviste ou non) se fait principalement pour des raisons morales a été formulé par Philip Soper⁸¹.

Ces quatre thèses (de (NLP1) à (NLP4)) sont compatibles avec le fait que la thèse substantielle soit vraie, c'est-à-dire décrive adéquatement son objet. Les trois variantes « pures et dures » du positivisme normatif nient que cela soit le cas, parce que toutes trois nient qu'une théorie descriptive ou conceptuelle du droit soit possible ou pertinente. Il n'y aurait que des philosophies du droit normatives en un certain sens : soit que la part descriptive ou conceptuelle ne soit pas détachable de la portée normative ou évaluative du propos, soit que la partie descriptive se contente de décrire une *possibilité*, dont il reviendrait au théoricien du droit de faire un modèle normatif.

(NLP5) : Il est impossible de décrire le droit sans l'évaluer moralement.

(NLP6) : Ce *doit être* le cas que la thèse substantielle soit vraie.

(NLP7) : La tâche de la théorie du droit est de justifier le droit (et en particulier son usage de la coercition) et la thèse substantielle est la meilleure théorie à cet effet.

80. Marmor note : « Il est crucial de noter que Hart n'a jamais pensé que le contenu descriptif de ses thèses sur le droit dérivât en quelque sorte du fait qu'il est moralement ou politiquement bénéfique de croire en ces faits et de reconnaître leur importance. À raison, puisqu'il s'agit d'un *nonsequitur*. De ce "qu'il est moralement bon que tous croient que P" il ne suit pas que P » (A. MARMOR, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », p. 691). J'aurai l'occasion de revenir sur ce point plus bas.

81. P. SOPER, « Choosing a Legal Theory on Moral Grounds », *Social Philosophy and Policy*, 4, 1986, p. 31-48. Voir aussi P. SOPER, *A Theory of Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1984, p. 1-15.

(NLP5) est une thèse portant sur la *methodologie* de la théorie du droit (pas exclusivement positiviste), et qui a été notamment soutenue par John Finnis et par Stephen Perry. Ce dernier tire un certain nombre d'arguments tirés de la nature du droit, et en particulier de l'existence d'un point de vue interne, pour nier que le projet hartien de « sociologie descriptive » soit viable⁸². Perry tente de montrer, au moyen d'arguments parfois discutables⁸³, que le théoricien ne peut comprendre la « fonction » (*the point*) du droit sans l'évaluer moralement, car il doit choisir, parmi l'ensemble des points de vues internes possibles, celui qui est le plus pertinent⁸⁴ : le point de vue d'acceptation normative des règles, le

82. Voir S. R. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », *passim*; S. R. Perry, « Interpretation and Methodology in Legal Theory » in : A. MARMOR (dir.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

83. Le plus grotesque – selon nous – est celui selon lequel Hart, en indiquant au chapitre 5 du *Concept de droit* qu'un système de règles primaires est « défectueux », Hart émettrait un jugement évaluatif sur cette (hypothétique) société pré-juridique (voir S. R. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », p. 323). Pour une réponse, voir A. MARMOR, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », p. 693 et J.L. COLEMAN, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 197-208. – De manière générale, l'argument de Perry est correct uniquement en ceci que « défectueux » est bien un prédicat évaluatif. Mais en indiquant qu'un système exclusif de règles primaires est « défectueux » Hart ne fait que rapporter les évaluations, qui d'ailleurs ne sont pas nécessairement *morales*, formulées par les *membres du groupe* : ce sont eux qui trouvent « défectueux » un telle mode d'organisation sociale (hypothétique, bien entendu). Cela n'entraîne aucune posture évaluative de la part du théoricien. Un historien dira que la stratégie de Napoléon à Waterloo était défectueuse ; par cela il indiquera que cette les choix stratégiques retenus par Napoléon ne lui ont pas permis de réaliser les objectifs qu'il s'était fixés (gagner la bataille), ce qui est un fait historique objectif. Mais l'historien peut lui-même considérer que c'est une *bonne chose* que ces choix aient été défectueux (parce que Napoléon était un tyran qui ne méritait pas de gouverner la France) ou n'avoir lui-même aucun point de vue moral ou, plus largement, évaluatif sur ce sujet.

84. Diverses réponses à cette thèse ont été apportées. De manière générale personne ne nie que le théoricien du droit évalue les aspects les plus importants ou les plus significatifs de la pratique qu'il décrit : que le droit soit un système de règles est plus significatif que, par exemple, certains praticiens du droit portent la robe. Mais cela n'implique nulle évaluation morale. Comme l'explique Hart au cours de l'entretien qu'il a accordé en 1988 à David Sugarman, et que celui-ci a publié en 2005 : « Toute théorie qui tente de définir ou d'expliquer une activité complexe devrait avoir à sélectionner les aspects qui sont suffisamment importants pour qu'on se concentre dessus. Si je regarde un jeu et si je décris le jeu comme un jeu, je ne vais pas sélectionner, pour décrire le jeu, la taille des joueurs (...). Donc c'est évaluatif dans le sens où si vous sélectionnez les aspects d'une activité complexe, non pas parce que cela la justifie moralement, parce que ces traits sont pertinents pour répondre aux questions que vous vous posez (parmi elles, mais pas exclusivement, des questions morales) » (D. SUGARMAN, « Hart Interviewed : H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman », *Journal of Law and Society*, 32, 2005, p. 267-293, p. 288). La question se pose de savoir quelle est la nature de cette évaluation « non morale ». Selon Julie Dickson il s'agit d'une évaluation morale *indirecte* : le théoricien ne se prononce pas lui-même sur la valeur morale des traits qu'il estime pertinent, mais

point de vue intéressé du *bad man* etc. Ce faisant Perry mésinterprète le point de vue interne comme étant « le point de vue du participant » (erreur commise également par R. Alexy⁸⁵), contrairement à la caractérisation expresse qu'en donne Hart dans le *Concept de droit*, où le point de vue interne est défini comme une attitude normative d'acceptation de la règle⁸⁶. Que le point de vue interne « retenu » par Hart soit normatif – contrairement au pseudo-« point de vue interne » du *bad man*, qui est en réalité selon Hart un point de vue externe extrême – n'implique pas que la raison pour laquelle Hart l'explique soit elle-même normative ou évaluative : le fait que les membres du groupe (dans le cas du droit, au moins les autorités, les *officials*) acceptent les règles (dans le cas du droit, au moins la règle de reconnaissance) est une nécessité *conceptuelle* pour qu'il y ait une pratique gouvernée par des règles ; cela n'implique nullement qu'un point de vue interne « normatif » soit préférable axiologiquement à un « point de vue interne » – derechef, un *pseudo*-point de vue interne – holmesien. Aussi bien, lorsque Hart identifie la « fonction » du droit comme étant celle de guider les comportements au moyen de règles⁸⁷, il ne veut pas dire que l'accent qu'il met sur cette fonction soit motivé par la supériorité morale de cette dernière sur le modèle du *bad man*, mais qu'il s'agit d'un trait essentiel du droit qui rend toute théorie ne la prenant pas en compte incomplète. En tout état de cause, (NLP5) ne peut être attribué à Hart, sauf à ne pas prendre au sérieux les conceptions

pour ce faire doit retenir les traits que les individus engagés dans la pratique tiennent pour bons ou significatifs au moyen d'évaluations directe (voir J. DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 68-70). On trouve une thèse similaire chez Joseph Raz (voir J. RAZ, « Authority, Law, and Morality » in : J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 221). Au contraire, pour Brian Leiter, qui prône l'adoption d'une théorie naturaliste du droit, une théorie du droit, en sélectionnant les traits les plus significatifs de la pratique qu'elle décrit, n'évalue pas cette dernière, mais sera jugée à l'aune de valeurs épistémiques propres à toute entreprise scientifique (voir B. LEITER, « Beyond the Hart/Dworkin Debate : The Methodology Problem in Jurisprudence », *American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, p. 17- 51, p. 34 et s.). Pour un aperçu très complet du « tournant méthodologique » en théorie du droit, on renvoie à l'article très riche de J.-Y. CHÉROT, « Le tournant méthodologique en philosophie du droit », in : J.-Y. CHÉROT et al (dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

85. Voir R. ALEXY, *The Argument from Injustice*, p. 25

86. Ce point a été souligné par S. SHAPIRO, « The Bad Man and the Internal Point of View », in : S. BURTON (dir.), *The Path of the Law and Its Influence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 203-204; S. SHAPIRO, « What is the Internal Point of View ? », *Fordham Law Review*, 75, 2006, p. 1157-1170, p. 1158-1161.

87. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 249, *Le Concept de droit*, p. 266

méthodologiques qu'il a lui-même défendues : « Une description peut encore demeurer une description même si ce qui est décrit consiste en une évaluation »⁸⁸.

(NLP6), par contraste, est une thèse portant sur le véritable but du positivisme juridique. On peut l'identifier aux courants du positivisme « éthique » ou « prescriptif » dont le but est non pas décrire le droit, mais le réformer : parmi les auteurs qui en sont représentatifs, on peut citer Tom Campbell⁸⁹, Gerald Postema et Jeremy Waldron. Il est à noter que (NLP6) peut impliquer (NLP5) mais que ce n'est pas nécessairement le cas⁹⁰ – on peut soutenir qu'une théorie fidèle à ce qu'on a appelé au début de cet article la thèse méthodologique est possible, mais complètement dénuée d'intérêt. Selon (NLP6), que le droit soit identifiable par ses sources n'est pas une vérité conceptuelle, mais un modèle normatif à atteindre.

(NLP7), enfin, est à la fois une thèse *méthodologique*, selon laquelle la théorie du droit est fondamentalement interprétative, et a pour tâche de donner la meilleure interprétation possible de la pratique qu'elle considère – *et* une thèse sur le *positivisme* entendu comme théorie interprétative, selon laquelle la meilleure interprétation du droit est celle qui privilégie les attentes protégées au moyen d'une identification du droit par la référence à ses sources : le droit – et plus particulièrement, l'usage de la coercition – n'est alors justifié que s'il est identifiable au moyens de critères formels spécifiables *ex ante*. C'est la thèse que Ronald Dworkin identifie sous le nom de conventionnalisme⁹¹, et qu'il rejette lui-même, sans qu'il indique d'ailleurs qu'elle puisse être attribuable à quiconque d'autre qu'un homme de paille⁹².

Ni (NLP5) ni (NLP7) ne pouvant être attribués à Hart, reste (NLP6). Cette thèse peut être d'ailleurs être envisagée comme une thèse positiviste normative *stricto sensu* (puisque (NLP5) est une thèse méthodologique générale, et (NLP7) est une thèse qui n'a jamais été soutenue par personne). Quand on parlera donc de

88. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 244, *Le Concept de droit*, p. 262. Voir aussi H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 110.

89. T. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism* ; T. CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism* ; J. WALDRON, « Normative (or Ethical) Positivism » in : J.L. Coleman, *Hart's Postscript* ; J. WALDRON, « All We Like Sheep ? », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1999, p. 169-186 ; J. WALDRON, « The Irrelevance of Moral Objectivity », in : R.P. GEORGE (dir.) *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, p. 159-164 ; G. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, p. 329-336.

90. Waldron et Postema soutiennent à la fois (NLP5) et (NLP6). Voir G. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, *Ibid.* ; G. POSTEMA, « Jurisprudence as Practical Philosophy », *Legal Theory*, 4, 1998, p. 329-357 ; J. WALDRON, « Normative (or Ethical) Positivism », p. 420.

91. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 114, *sq.*

92. Hart conteste expressément qu'une telle thèse puisse lui être attribuée (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 248-250 ; H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 265-268).

positivisme normatif *simpliciter* c'est à (NLP6) qu'on fera allusion. Selon (NLP6) la thèse substantielle n'est pas essentiellement descriptive, dans la mesure où bien souvent elle est empiriquement fautive. Cela implique nécessairement que la thèse substantielle ne soit pas une vérité *conceptuelle* (au sens où Raz, par exemple, l'envisage : la revendication du droit à l'autorité légitime – qui est le fondement de son approbation de la *Source Thesis* – est une nécessité conceptuelle), mais seulement une vérité descriptive, susceptible du plus et du moins, et susceptible d'être falsifiée par les systèmes juridiques positifs⁹³. Sauf à recourir à une théorie du « sens focal » et des « cas centraux » de droit, il ne fait aucun sens d'affirmer que des systèmes juridiques qui ne satisfont pas la thèse substantielle sont moins du droit que ceux qui y satisfont.

La thèse substantielle reçoit dès lors une interprétation particulière, que l'on trouve principalement chez Campbell et Waldron. En effet la thèse substantielle signifie de manière générale que l'appartenance d'une règle quelconque à un système juridique dépend de ses sources : pour savoir ce qui est de droit en France, il faut regarder la législation, la jurisprudence, etc. Or chez Campbell et Waldron, cette thèse, une fois « normativisée » – « ce doit être le cas que la thèse substantielle soit vraie » –, est confondue avec une autre thèse, portant non pas sur le droit, mais sur le raisonnement juridique : « le jugement juridique ne devrait pas être un jugement moral »⁹⁴. Aussi bien le juge devrait s'abstenir d'appliquer les standards qu'il juge méritoire et se contenter d'appliquer ceux qui sont basés sur des sources (principalement la législation) ; le législateur devrait formuler les règles de la manière à les rendre les plus propre à une application « positiviste ».

Cette thèse est conçue afin de rejeter le positivisme inclusif comme une théorie normativement désirable (Waldron et Campbell vont même jusqu'à écrire que le positif inclusif est descriptivement vrai, mais que le positivisme exclusif est l'option souhaitable, en dépit de la prétention de ses auteurs à la vérité conceptuelle)⁹⁵. Or le positivisme exclusif, pris comme thèse conceptuelle (ou plus modérément, « seulement » descriptive) ne soutient pas que les juges, et les organes d'application du droit en général, n'ont jamais recours à des considérations ouvertement morales et non basées sur des sources. La différence avec le positivisme inclusif provient exclusivement de ce que celui-ci reconnaît que lorsque le juge raisonne ainsi, il applique le droit, puisque des standards moraux peuvent être incorporés au droit par des normes rattachables à une source, voire être prévus par la règle de reconnaissance. Au contraire, pour le positiviste exclusif, le juge, ce faisant, crée

93. J. WALDRON, « The Irrelevance of Moral Objectivity », p. 160 ; T. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, p. 70-71

94. Voir J. WALDRON, « Normative (or Ethical) Positivism », p. 411.

95. J. WALDRON, « Normative (or Ethical) Positivism », p. 414 ; voir aussi J. WALDRON, « All We Like Sheep ? », p. 171 n.8 ; T. CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism*, p. 28.

du droit, et ne l'applique pas⁹⁶ : le droit requiert alors du juge de raisonner en appliquant des considérations extrajuridiques, même s'il ne le fait pas en dehors de toute référence au droit⁹⁷.

Le positivisme normatif ne se laisse donc pas ramener à une simple normativisation d'une thèse positiviste à l'origine conçue pour être descriptive ; il est entièrement (*all the way down*, dirait-on en anglais) *normatif*. C'est une théorie politico-morale, qui, sans se prononcer sur les fins substantielles qui doivent être prises en compte dans le processus politique, affirme la valeur normative d'un droit fondé sur une stricte répartition des tâches entre un jurislatureur doté de la légitimité nécessaire (paradigmatiquement, le législateur) et un organe d'application du droit dont la tâche est d'appliquer fidèlement les directives du premier. Lorsque le jurislatureur n'est pas le législateur mais le juge lui-même, il semble qu'une stricte doctrine du *stare decisis* soit de mise⁹⁸. Cela ne veut pas dire que la justification sur laquelle repose le positivisme normatif soit nécessairement tirée du caractère démocratique de la légitimité en question (même si cela est souvent le cas). L'argument n'est pas *purement* politique, dans la mesure où il porte avant tout sur la désirabilité d'un mode de coopération humaine gouverné par des règles, indépendamment d'une théorie de la légitimité politique. En un sens, (NLP6) apparaît proche des thèses de Fuller⁹⁹, une fois celles-ci expurgées de leur résidu jusnaturaliste, à savoir de l'idée d'une jonction entre la moralité interne et externe du droit, et de l'idée selon laquelle tout système juridique qui échoue à satisfaire les huit principes de légalité échoue à être un système juridique. Pour Campbell, le cœur de l'entreprise fullérienne est typiquement positiviste.

96. Voir, par exemple, la distinction effectuée par Raz entre raisonner *sur* le droit et raisonner *selon* le droit. Voir J. RAZ, « The Autonomy of Legal Reasoning » in : J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, p. 316sq. Raz écrit de manière fort claire : « En raison de l'indétermination du droit qui est entièrement en accord avec la thèse des sources [i.e. la thèse positiviste exclusive], le raisonnement juridique doit aller au-delà des matériaux basés sur les sources (*beyond source-based material*) » (p. 318). Pour la nécessité de distinguer « autonomie du droit » et « autonomie du raisonnement juridique », voir J. RAZ, « Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons : A Critical Comment » in : J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 376-379.

97. Hart avait déjà remarqué qu'en cas de texture ouverte, le juge ne cesse pas tout d'un coup d'être guidé par le droit, et ne se met pas à légiférer *ex nihilo*, même si le droit ne lui fournit plus de raison conclusive pour trancher le litige (voir H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 204-205 ; H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 222-223) ; point accentué par Gardner, dans J. GARDNER, « Legal Positivism. 5½ Myths », p. 215.

98. Voir, par exemple, G. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, p. 192-197 ; J. WALDRON, « Stare Decisis and the Rule of Law : A Layered Approach », *Michigan Law Review*, 111, 2012, p. 1-31.

99. T. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, p. 119-120 ; N. MACCORMICK, « A Moralistic Case for A-Moralistic Law ? », p. 26.

En ce sens, l'unique aspect du propos de Hart dans *Law, Liberty and Morality* qui puisse se rattacher à (NLP6) est le légalisme qui guide son commentaire de l'affaire *Shaw*. Le légalisme s'entend ici comme la thèse selon laquelle les règles de droit applicables (surtout en matière pénale) devraient être aussi peu rétroactives que possibles (ce à quoi une promulgation législative est plus propice que l'humeur changeante des juges de *common law*), ce qui implique à la fois une contrainte sur celui qui émet la règle (en termes de clarté et de précision dans la formulation de la règle) et sur celui qui l'applique : les juges devraient statuer sur le fondement de sources claires et précises, plutôt que de trancher le cas sur le seul fondement de leurs intuitions morales. En s'érigeant en *custodes morum*, les juges « ont sacrifié une valeur particulière, le principe de légalité, qui requiert que les infractions pénales soient définies aussi précisément que possible, de manière à rendre possible de connaître à l'avance avec une certitude raisonnable quels sont les actes qui sont criminels et quels sont ceux qui ne le sont pas »¹⁰⁰. Ce point rattache sans nul doute Hart à l'idéal des attentes protégées ou de sécurité juridique adopté par (NLP6) – même si la thèse de la texture ouverte empêche sans nul doute de penser que les attentes puissent être toujours protégées¹⁰¹.

100. H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 12.

101. Hamish Stewart a soutenu que la défense par Hart du légalisme contredisait ses propres vues sur l'indétermination et la texture ouverte du droit. En effet, « puisque la décision juridictionnelle contient toujours une zone d'incertitude où les juges doivent agir sur des fondements moraux, l'objection légaliste [envers *Shaw*] n'est pas concluante » (H. STEWART, « Legality and Morality in Hart's Theory of Criminal Law », *SMU Law Review*, 52, 1999, p. 201-227, p. 217-218). Il s'agit d'un contresens sur la doctrine de la texture ouverte (et par conséquent d'un *nonsequitur*). En effet cette doctrine suppose l'*existence* d'une règle, dont l'applicabilité est douteuse ; d'autre part l'*existence* (réelle ou souhaitable) en droit pénal d'une règle de clôture telle que « *nullum crimen* » empêche qu'une incertitude puisse naître de la simple *absence* de règle (une « lacune » au sens strict) et que le juge puisse légiférer directement. Que le juge légifère indirectement en déterminant l'applicabilité, *a priori* douteuse d'une règle (par hypothèse existante, qu'elle soit d'origine législative ou jurisprudentielle) est une nécessité à la fois sémantique et systémique ; que cette incertitude soit accrue lorsqu'il s'agit de règles jurisprudentielles est, selon Hart, indéniable (voir H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 134 ; H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 155) ; qu'il légifère directement en l'absence de toute règle *législative* est une *possibilité* laissée ouverte par l'absence d'une règle du type *nullum crimen*. Que davantage de certitude soit souhaitable n'est nullement contradictoire avec ces trois postulats descriptifs ; au contraire, on les *présuppose* lorsqu'on adopte la position légaliste en matière pénale selon laquelle la voie jurisprudentielle pour la définition des infractions n'est pas la bonne, parce qu'elle fait naître une double rétroactivité (la première lorsque le juge légifère directement, la seconde lorsqu'il interprète une règle jurisprudentielle, nécessairement plus « indéterminée » qu'une règle législative, quoique cette dernière ne saurait prétendre à la détermination absolue).

Cependant il demeure douteux que Hart aurait fait du légalisme un trait propre au positivisme juridique. De surcroît, le thème légaliste ne joue qu'un rôle très limité dans *Law, Liberty and Morality*, qui porte avant tout sur le *contenu* du droit : le moralisme juridique que Hart réfute peut tout à fait être exprimé au moyen d'instruments clairs, précis, non-rétroactifs et rattachables à des sources bien déterminées. En ce sens le *Criminal Amendment Act* de 1885 est aussi critiquable que *Shaw*, même s'il présente (en apparence du moins) tous les traits extérieurs de la légalité. Or, comme on l'a vu (NLP6) porte exclusivement les sources du droit et le raisonnement juridique ; il n'a aucune portée concernant le *contenu* des règles de droit. Comme l'écrit Campbell au sujet de la « thèse du désétablissement » de MacCormick (qui est analogue à (LLM*), encore que plus large, comme on le verra plus loin) : « le positivisme éthique ne doit pas être confondu avec une autre théorie prescriptive que MacCormick appelle le “désétablissement moral” (...) Le positivisme éthique porte, dans sa forme la plus générale, sur les sources davantage que sur le contenu des règles de droit (...) et il est d'ailleurs compatible avec une thèse prescriptive de la non-séparation [du droit et de la morale] qui cherche à mettre en œuvre (*embody*) la moralité dans le droit au travers de la législation »¹⁰².

Il en résulte que même si on considère qu'il existe une version plausible du positivisme juridique qui est normative ou prescriptive (ce dont il n'est pas certain que Hart aurait convenu), (LLM*) n'a que peu avoir avec elle. *Autrement dit, ce n'est pas parce que (LLM*) est une thèse prescriptive et qu'elle porte sur la séparation du droit et de la morale qu'elle a quoi que ce soit à voir avec le positivisme normatif, sauf (éventuellement) dans les aspects impliquant une défense du principe de légalité.* Si l'on veut effectuer un lien, il faut montrer que ces aspects sont non pas marginaux mais essentiels à (LLM*) ou, tout au moins, à une thèse analogue à (LLM*). C'est ce que soutient Neil MacCormick dans un article célèbre.

102. T. CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, p. 72-73. Comme le fait remarquer Waldron, cela tient à la nature même de la thèse substantielle, que celle-ci soit adoptée descriptivement ou prescriptivement : « Selon la conception [positiviste, qu'elle soit normative ou descriptive], le droit peut être compris en termes de règles ou de standards dont l'autorité dérive de leur provenance de quelque source humaine, définie sociologiquement, et qui peuvent être identifiés comme étant “de droit” eu égard à cette provenance. Par conséquent, on peut émettre des énoncés sur ce qui est de droit (*what the law is*) (...) sans exercer un jugement moral ou évaluatif de quelque manière. Ce jugement porte uniquement sur un fait social. Il n'en va bien entendu pas de même de la législation (*law-making*), car la législation est presque toujours l'exercice d'un jugement moral ou politique. » (J. WALDRON, « The Irrelevance of Moral Objectivity », p. 160).

B. Une version robuste du positivisme normatif

(NLP6) est une thèse portant sur les critères (souhaitables) d'identification du droit. Si (LLM*) ou une thèse analogue peut être décrite comme appartenant au positivisme normatif, il doit s'agir d'un concept plus robuste et plus contraignant de positivisme normatif, que l'on peut appeler, avec Bruno Celano, « positivisme normatif substantiel »¹⁰³. Ce positivisme substantiel ne se caractérise pas simplement par l'ajout à (NLP6) d'une thèse prescriptive sur le contenu du droit, mais indique que l'une présuppose l'autre. C'est ainsi en tout cas que j'interprète la théorie que Neil MacCormick a formulé dans un article célèbre¹⁰⁴.

MacCormick entend formuler un plaidoyer en faveur de ce qu'il appelle l'amoralisme juridique. Ce dernier consiste en deux thèses : « le droit et la morale n'ont pas à être identiques » – ce qu'il appelle la « thèse positiviste », et qu'on va écrire « thèse positiviste_{MC} » – et « le droit et la morale devraient être tenus distincts » – ce qu'il appelle la thèse du « désétablissement moral », sur le modèle du « désétablissement religieux » prévu par l'*Establishment Clause* du premier Amendement de la Constitution américaine. On va supposer, pour les besoins de l'analyse que la thèse du désétablissement moral correspond peu ou prou à (LLM*), même si elle est plus large : comme on l'a vu, (LLM*) porte avant tout sur la morale positive, alors que MacCormick ne thématise pas cette dernière ; celui-ci fait cependant plusieurs fois référence à la « majorité morale ». Ensuite, (LLM*) porte avant tout sur le *droit pénal* (qui, contrairement aux autres branches du droit, demande une justification particulière), alors que la thèse du désétablissement porte sur le droit en général ; cependant MacCormick tire également, en faveur de cette dernière, des arguments portant sur la coercition entendue *lato sensu*, élargie au-delà du seul champ pénal jusqu'aux réparations civiles. Il est vrai que MacCormick, qui n'est pas utilitariste, pointe la force de *stigmatisation* et de *dé légitimation* du droit, qui inclut, selon lui, la coercition mais ne s'y résume pas¹⁰⁵. La thèse du désétablissement est donc plus large que (LLM*), mais on peut

103. B. CELANO, « Normative Legal Positivism, Neutrality and the Rule of Law », in : J. FERRER BELTRAN, J. J. MORESO, et D. M. PAPAYANNIS (dir.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 177. Ce choix de vocabulaire peut toutefois prêter à confusion, dans la mesure où ce que Marmor appelle « positivisme normatif substantiel » est (NLP7), le « conventionnalisme interprétatif » de Dworkin (voir A. MARMOR, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », p. 685).

104. N. MACCORMICK, « A Moralistic Case for A-Moralistic Law ? ». Il faut noter que ce texte correspond à la « période intermédiaire » de MacCormick, qui en viendra par la suite à refuser l'étiquette de « positiviste ».

105. MacCormick cite le cas d'un individu homosexuel qui se voit dénier le droit d'adopter son compagnon (en dépit du consentement de celui-ci et de la vie familiale normale qu'ils mènent) : ici, nulle coercition, seulement une forme de stigmatisation ; voir N. MACCORMICK, « A Moralistic

les considérer comme fonctionnellement analogues pour les besoins de l'analyse, puisque (LLM*) étant inclus dans la thèse du désétablissement, ce qui vaut pour celle-ci vaut également pour celle-là.

L'amoralisme de MacCormick repose donc sur deux membres : le positivisme_{MC} et la thèse du désétablissement. MacCormick ne soutient jamais formellement que celle-ci implique ou présuppose celui-là. Autrement dit, il ne soutient pas formellement la thèse de l'implication que l'on a réfutée plus haut. Cette dernière s'en déduit cependant. Étant donnée la définition du positivisme_{MC} – « le droit et la morale n'ont pas à être identiques » –, sa négation (par le jusnaturalisme, disons) serait la suivante : « le droit et la morale sont/doivent être¹⁰⁶ identiques ». Si on soutient une telle thèse, il est impossible logiquement de soutenir la thèse du désétablissement (« ...et ils devraient être tenus distincts »). Autrement dit, MacCormick ne soutient pas la thèse de l'implication, mais il semble que les formulations qu'il retient rendent la thèse de l'implication inévitable.

De fait, ces formulations sont tellement imprécises (quel critère d'identité ? de distinction ?) que MacCormick est bientôt amené à en spécifier le contenu. Ainsi il apparaît que la thèse positiviste_{MC} est *grosso modo* identique à la thèse substantielle et porte sur la validité et les sources du droit. MacCormick met en particulier l'accent sur la possibilité de règles de droit immorales ; ce faisant, il entend attaquer une certaine réfutation du positivisme_{MC} qui correspond à une forme d'antipositivisme « strict » (cf. plus haut II.B) – du type : « une règle immorale n'est pas du droit ». Or cet antipositivisme « strict » est évidemment compatible avec la thèse du désétablissement, pour les raisons exposées plus haut. Il faut donc en inférer (sans argumenter davantage) que MacCormick ne soutient pas la thèse de l'implication et que son « amoralisme juridique » se compose de deux thèses sans lien majeur entre elles : la thèse positiviste_{MC} et la thèse du désétablissement.

Cependant, MacCormick va assurer la cohérence et l'unité de son amoralisme d'une autre manière, en proposant une version robuste (ou « substantielle ») du positivisme normatif. L'argumentation de MacCormick peut être reconstruite de la manière suivante.

1. *Le choix d'une théorie positiviste ne se justifie pas par des raisons épistémiques mais par des raisons morales* (= (NLP3)+(NLP4)). En effet, non seulement le

Case for A-Moralistic Law ? », p. 21. En s'étendant au dehors du seul champ coercitif, la thèse du désétablissement s'avère incompatible avec le néo-thomisme, contrairement à (LLM*), dans la mesure où la compatibilité qu'on a mis en évidence plus haut tient au refus par les néo-thomistes du paternalisme moral (or le paternalisme suppose la coercition).

106. Il est difficile en effet de déterminer quel est le sens exact de « n'ont pas à être » (*do not have to be*) qui est bien imprécis.

positivisme prive le droit de son aura morale et le rend plus susceptible à la critique, mais les traits que le positivisme met en exergue, en particulier le fait que l'identification du droit se fasse au moyen de critères formels, sont les traits proprement moraux du droit.

2. *Le fait pour le droit d'être composé de règles identifiées par des critères formels est moralement bon, et la thèse positiviste contribue à les renforcer* (ici, force rappels du légalisme de Bentham). Ce faisant, MacCormick glisse de (NLP4) – c'est-à-dire de la thèse selon laquelle le positivisme est méritoire car les traits du droit qu'il met en exergue sont moralement bons, ou moralement significatifs – à (NLP6) – c'est-à-dire la thèse selon laquelle ce doit être le cas que ces traits existent¹⁰⁷. Autrement dit on passe d'un argument sur le choix d'une *théorie* à un argument sur le choix d'un *mode d'organisation sociale* : le droit régi, entre autres, par le principe de légalité – même si MacCormick est prêt à reconnaître que, bien que moralement méritoire, elle n'en est pas moins compatible avec la plus grande iniquité (pour paraphraser Hart). Ce glissement est sans doute nécessaire dans la mesure où, si le choix d'une théorie repose *principalement* sur des raisons morales et non pas épistémiques, alors le contenu de la théorie ne peut être intégralement descriptif (voir la remarque de Marmor citée plus haut à la note 80)¹⁰⁸.

3. *S'il est souhaitable de parvenir à un système juridique qui corresponde à la « description » qu'en fait le positivisme juridique, c'est parce qu'un tel mode d'organisation sociale est le plus respectueux de l'autonomie des êtres humains comme agents rationnels*¹⁰⁹. Ainsi le droit implique nécessairement des contraintes sur la délibération des agents. La coercition, la peine, la menace de stigmatisation sociale influe nécessairement sur le cours de mon action et ce sont des éléments que je dois prendre en compte dans mes délibérations pratiques. En assurant que ces contraintes puissent être clairement et précisément identifiables par les agents (au moyen de règles d'application uniforme et de critères formels de validité), le droit respecte leur autonomie au moins jusqu'à un certain point. – Par contraste, un système juridique fondé sur l'application de lois rétroactives et sur une législation judiciaire peu soucieuse de la règle du précédent traite les être humains comme du bétail, puisqu'il leur est impossible de guider leur délibération et leur conduite en

107. Marmor a relevé, encore que trop rapidement, cette ambiguïté dans la position de MacCormick (voir A. MARMOR, « Legal Positivism : Still Descriptive and Morally Neutral », p. 691n).

108. MacCormick adopte clairement le légalisme comme théorie prescriptive morale dans N. MACCORMICK, « The Ethics of Legalism », *Ratio Juris*, 2, 1989, p. 184-193.

109. Il est à noter que cette justification kantienne du positivisme normatif n'est pas celle qui est généralement adoptée par ses hérauts habituels (Campbell ou Waldron). Et il est naturellement impossible de l'attribuer à Hart.

faisant référence à ces règles.– D'autres principes que l'autonomie sont susceptibles de justifier ce positivisme normatif, mais l'autonomie a visiblement une fonction paradigmatique¹¹⁰.

4. *Ce sont ces mêmes valeurs (et en particulier l'autonomie, donc) qui justifient que le droit soit limité quant à son contenu moral, c'est-à-dire la thèse du désétablissement, surtout lorsque, pour mettre en œuvre la morale, le droit fait appel à la coercition ou à des contraintes analogues sur la capacité de choix des agents.* Le droit devrait être limité à la mise en œuvre des devoirs de justice, où selon le mot de MacCormick, « deux autonomies sont en jeu »¹¹¹ : le droit a donc le droit, et même le devoir, de protéger l'agent dont l'autonomie pourrait être lésée par les actions d'un autre. En revanche les valeurs aspirationnelles (les vertus), les devoirs de respect que l'on doit à soi-même (par exemple : ne pas se suicider ; ne pas s'adonner à des jeux érotiques sado-masochistes, etc.) et les devoirs d'amour (la piété filiale, etc.) ne mettent en jeu que la seule autonomie de l'individu, et de surcroît ils ne peuvent être conceptuellement satisfaits que si l'agent est *autonome* (si vous me forcez à tomber amoureux de votre fille, *ipso facto* je ne puis en être amoureux, puisque vous m'y forcez). Ils doivent donc être soustraits au contrôle juridique¹¹². (Evidemment la question de savoir si un réquisit quelconque appartient à une catégorie de devoirs ou de valeurs plutôt qu'à une autre relève d'une casuistique que MacCormick évite soigneusement¹¹³).

110. Je passe sous silence un aspect que, sous l'influence de la *correctness thesis* de Robert Alexy, MacCormick souligne incidemment : les règles juridiques doivent au moins prétendre à être justifiées quant à leur contenu (voir N. MACCORMICK, « A Moralistic Case for A-Moralistic Law ? », p. 28). J'ai du mal à voir en quoi cette thèse est proprement positiviste, même du point de vue du positivisme normatif.

111. N. MACCORMICK, « A Moralistic Case for A-Moralistic Law ? », p. 36.

112. Sur les distinctions entre devoirs et valeurs aspirationnelles et entre devoirs de justice, d'amour et de respect de soi, voir N. MACCORMICK, « A Moralistic Case for A-Moralistic Law ? », p. 32-37.

113. Sauf à un endroit intéressant, consacré à l'avortement. Pour MacCormick, l'avortement pose bien un problème moral, mais il ne consiste pas dans le « tort » causé au fœtus. Il consiste dans le fait que la mère a le devoir de prendre soin de ses enfants, y compris avant leur naissance : il s'agit donc d'un devoir d'amour que le droit n'a pas pour fonction de sanctionner. (Voir N. MACCORMICK, « A Moralistic Case for A-Moralistic Law ? », p. 35). Cet argument est intéressant, mais il est contestable : à cette enseigne, on pourrait abandonner ses enfants sur le bord de la route (voire les tuer), et le droit n'aurait rien à y redire. La parade consisterait à dire que les parents du Petit Poucet et de ses frères ont également manqué à un devoir de justice envers ces derniers ; mais alors pourquoi refuser de parler d'un devoir de justice dû au fœtus ? Il faut montrer que le fœtus n'est pas à même de subir un tort, ou tout au moins montrer que ce tort n'est pas pertinent, ce qui ramène à la question que MacCormick voulait précisément éviter.

Pour MacCormick donc, ce sont *les mêmes principes* qui justifient que l'on soit positiviste (et sans doute positiviste *normatif*) et que l'on soutienne la thèse du désétablissement. Par conséquent, si l'amoraliste juridique veut être cohérent, il ne peut adopter l'un des membres de l'amoralisme juridique sans accepter l'autre. On ne va pas ici discuter du bien-fondé de la théorie de MacCormick ni de la perfection logique de l'articulation des arguments. On va seulement se poser la question de savoir si le modèle qu'il défend peut être attribué à Hart. MacCormick lui-même n'attribue pas l'ensemble du raisonnement à Hart, mais seulement la première prémisse (et peut-être également la deuxième) : « la raison pour laquelle Hart insiste sur la séparation conceptuelle du "droit" et de la "morale" était une raison morale. Hart était un positiviste parce qu'il était un moraliste critique. Son but n'était pas d'émettre un mandat d'obéissance aux maîtres de l'État, mais de renforcer le mandat confié aux citoyens aux fins d'une critique morale sans relâche des usages et des abus du pouvoir étatique. Ce motif n'est pas répété dans le *Postscript*, mais n'est pas retiré si désavoué, même implicitement »¹¹⁴.

Il me semble qu'il s'agit d'une mésinterprétation des thèses (NLP1) et (NLP2) que Hart accepte sans aucune réserve¹¹⁵. Si Hart adopte une théorie positiviste dans le *Concept de droit*, c'est parce qu'une théorie est – selon lui – descriptivement (et sans doute aussi conceptuellement) vraie, ou tout au moins éclairante. Le fait que la théorie positiviste démystifie le droit en le privant de son aura morale et le rende propice à la critique ajoute sans doute à ses attraits ; que ce qu'elle décrit soit, au moins minimalement, doté de vertus morales, est également significatif. Mais Hart n'a jamais prétendu que la principale raison pour choisir une théorie positiviste soit une raison morale. Il faudrait peut-être faire intervenir ici la distinction entre contexte de la découverte et contexte de la justification, sur laquelle MacCormick lui-même a tant insisté dans sa théorie du raisonnement juridique¹¹⁶ : que Hart, au moment de formuler sa théorie positiviste, ait été *motivé* par des raisons morales est peut-être exact ; mais ce qui fait que sa théorie est justifiée, c'est qu'elle permet d'accroître notre compréhension du droit, et qu'elle prétend par conséquent, sinon à la vérité, du moins l'exactitude.

Si en revanche on remplace (NLP1) et (NLP2) par l'argument 1 ci-dessus, c'est-à-dire que si on part du principe que le choix d'une théorie positiviste est principalement moral, alors le glissement vers (NLP6), c'est-à-dire vers le positivisme normatif est inévitable. En effet, si les raisons du choix d'une théorie

114. N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, p. 197.

115. On retrouve la même confusion entre (NLP1) et (NLP3) chez Sarah Nason (voir S. NASON, « Practical-Political Jurisprudence and the Nature of Law », *Ratio Juris*, 26, 2013, p. 430-455, p. 437-439).

116. Voir N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2e édition, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 19.

sont des raisons morales, alors le *contenu* de cette théorie ne peut être principalement descriptif, mais doit être prescriptif, puisque de ce que quelque chose est moralement souhaitable, on ne saurait inférer de ce qu'il est. Autrement dit, il est nécessaire de glisser du caractère moralement souhaitable de la théorie au caractère moralement souhaitable de ce que la théorie décrit. À partir de cela, la recherche de principes normatifs communs justifiant à la fois la théorie positiviste et la thèse du désétablissement devient une tâche relativement aisée.

Or Hart n'a jamais soutenu une thèse équivalente à celle qui est mobilisée par l'argument 1 ci-dessus ; par conséquent, non seulement il ne peut souscrire au positivisme normatif dans sa version classique, mais la recherche de principes communs justifiant à la fois la thèse substantielle et (LLM*) est une quête impossible, puisqu'elle vise à comparer des pommes descriptives avec des oranges normatives. Que Hart adopte par ailleurs une défense du principe de légalité (en tout cas du principe de légalité des délits et peines) ne change rien à l'affaire. Pour Hart ce principe est un principe moral, qu'il est possible de soutenir pour des raisons exclusivement normatives. Mais non seulement la texture ouverte du droit empêche que ce principe puisse être toujours pleinement réalisé, mais de surcroît un système juridique où ce principe est régulièrement pris en défaut ne cesse pas d'être « positiviste », c'est-à-dire conforme à la *description* positiviste du droit. Il va de soi qu'un système juridique composé uniquement de règles rétroactives, appliquées arbitrairement et dénuées de toute clarté serait non seulement mauvais moralement, mais également défectueux dans le sens où la règle de reconnaissance perdrait toute consistance, puisqu'il deviendrait effectivement impossible d'identifier grâce à elle les règles en vigueur dans le système juridique. Un tel système ne serait plus du droit « positiviste » (i.e. conforme à la manière dont le positiviste *décrit* le droit), non pas parce qu'il serait moralement mauvais (i.e. non conforme à la manière dont le positiviste normatif *prescrit* au droit), mais parce qu'il ne serait plus composé de règles du tout – parce qu'il ne serait plus un système juridique.

Si l'attachement de Hart au principe de légalité, qui n'est d'ailleurs pas le cœur du propos du *Law, Liberty and Morality*, ne découle pas directement de son positivisme juridique, alors il lui est impossible de chercher des principes normatifs à même de justifier à la fois le positivisme juridique – qui serait *eo facto* transmué en théorie normative – et (LLM*). Par conséquent Hart ne peut aucunement être réputé souscrire au modèle de positivisme normatif robuste que MacCormick développe et qu'il est très près de lui attribuer.

V. CONCLUSION

On a essayé dans cette présentation de rendre justice, contre certaines voies exégétiques, à la division du travail exposée par Hart au début de la première conférence de *Law, Liberty and Morality* et réitérée dans plusieurs autres textes : de multiples questions concernent les rapports entre droit et morale, et elles demandent un traitement distinct. Même si on attribue au positivisme juridique la thèse selon laquelle le droit est séparable de la morale, et à l'anti-moralisme juridique de Hart la thèse selon laquelle le droit doit être séparé de la morale, il est impossible – pourvu que l'on s'attache à préciser le sens de ces thèses – de soutenir que la seconde implique ou présuppose la première.

Il existe cependant un lien entre le positivisme de Hart et les thèses qu'il soutient dans *Law, Liberty and Morality*. Comme on l'a vu dans la section III, Hart affirme que le positivisme, en privant le droit de l'aura morale que lui confère, même sans le vouloir, le jusnaturalisme, rend davantage possible la critique morale du droit. *Law, Liberty and Morality* est bien un essai critique sur le droit, et c'est bien un essai de morale critique au sens hartien de l'expression. En ce sens, le fait que Hart soit positiviste a sans doute contribué, à ses propres yeux, à rendre possible cette critique du droit pénal anglais du milieu du siècle dernier. Mais que le positivisme rende possible la critique du droit n'implique pas qu'il ne rende possible que *cette critique-ci* plutôt que celle-là : un positiviste pourrait très bien soutenir l'exact contradictoire de ce que Hart soutient dans *Law, Liberty and Morality*. Il est vrai toutefois que ce texte tente, également, à sa manière, de « démystifier le droit ». Le droit pénal est présenté ici sous son pire jour : coercitif, créateur de misère humaine, privatif de liberté – alors que par exemple, on pourrait envisager une vision beaucoup plus positive du droit pénal, par exemple en mettant en avant ses – hypothétiques – vertus rédemptrices. En ce sens, et en ce sens uniquement, le positivisme hartien et son anti-moralisme juridique prennent place dans un même projet de démystification du droit.

Les arguments soulevés dans la dernière partie invitent cependant à faire preuve de prudence. Certains auteurs ont pris appui sur la « démystification du droit » dont Hart crédite le positivisme juridique pour indiquer que la raison principale ou décisive du choix par Hart d'une théorie positiviste était une raison morale (le positivisme me permet de critiquer le droit, je choisis d'être positiviste) ; comme j'ai tenté de le montrer, attribuer à Hart cette thèse revient à faire de son positivisme une thèse normative ou prescriptive. En tout état de cause, quelles que soient les justifications de l'adoption par Hart d'une thèse positiviste, elles ne peuvent pas être normatives ou morales¹¹⁷.

117. Elles peuvent être, au mieux, « indirectement évaluatives » *alla* Dickson. Voir note 84 plus haut.

La conclusion qu'il convient d'en tirer est donc quelque peu sceptique. Elle invite à remettre *Law, Liberty and Morality* à sa juste place : une défense passionnée du libéralisme moral dans un contexte bien précis de controverses autour de la morale sexuelle. La thèse défendue dans l'ouvrage est d'ailleurs restreinte (elle porte avant tout sur le droit pénal, et est tout à fait inopérante, par exemple, dans le débat contemporain sur l'ouverture du mariage aux couples du même sexe). Cela ne revient pas à dire qu'il s'agit d'un simple ouvrage de circonstance. Au contraire : cela en dit beaucoup sur nos sociétés qu'à bien des égards, et en dépit de l'insuffisance de certains de ses arguments¹¹⁸, le propos de Hart demeure aujourd'hui d'une brûlante actualité.



Résumé de l'article :

L'article porte sur la question de savoir si les thèses défendues par Hart dans *Law, Liberty and Morality*, vibrant plaidoyer contre le « moralisme juridique », se rattachent à son positivisme juridique. Il semble en effet que l'idée selon laquelle le droit et la morale devraient être séparées implique la thèse selon laquelle ils peuvent l'être, thèse positiviste s'il en est. C'est l'existence d'un tel lien d'implication que l'article s'attache à réfuter. Le positivisme juridique une thèse analytique sur la nature du droit, et en particulier sur la validité des règles juridiques ; l'anti-moralisme juridique défendu par Hart est une thèse normative, portant sur le *contenu* du droit positif et surtout du *droit pénal*. Du reste, de nombreux jusnaturalistes, y compris parmi les plus moralement conservateurs, peuvent être amenés à soutenir des positions très proches de celles mises en avant par Hart dans *Law, Liberty and Morality*. Reste l'hypothèse suivante : le positivisme de Hart ne serait pas « analytique », mais « normatif ». Or non seulement Hart n'est pas un positiviste normatif, mais de surcroît le positivisme normatif contemporain, dans sa version « standard », n'a que peu à voir avec la question du moralisme juridique. Certes, Neil MacCormick a soutenu une version robuste du positivisme normatif qui tente de fonder normativement sur les mêmes principes normatifs le positivisme juridique et l'anti-moralisme juridique : quelque mérite qu'ait cette thèse, on ne peut l'attribuer à Hart.

118. En particulier, son refus de reconnaître l'existence d'un paternalisme moral.

