

H.L.A. Hart

IMMORALITÉ ET TRAHISON

La Commission Wolfenden sur le délit d'homosexualité et la prostitution a recommandé, par une majorité de 12 contre 1, que les comportements homosexuels, entre adultes consentants et en privé, ne soient plus constitutifs d'un délit pénal¹. La Commission a exposé dans les termes suivants l'une des principales raisons sur lesquelles elle s'est fondée pour adopter cette recommandation : « Il doit rester un domaine de moralité et d'immoralité privées dont, pour le dire rapidement et crûment, le droit n'a pas à se mêler ». C'est ce que j'appellerai le point de vue libéral : ce n'est en effet qu'une application spéciale des principes plus généraux de la pensée libérale que John Stuart Mill a formulés dans son essai *On Liberty*. Mill y tenait des paroles célèbres, sans doute moins précautionneuses que celles de la Commission Wolfenden :

« La seule fin à laquelle le pouvoir puisse être à bon droit exercé sur un membre d'une communauté civilisée contre son gré est de l'empêcher de nuire aux autres. Son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante. On ne saurait légitimement contraindre quiconque à agir ou à s'abstenir d'agir parce que (...) dans l'opinion des autres, agir ainsi serait sage ou même juste ».

CONDAMNATION DU POINT DE VUE LIBÉRAL

Le point de vue libéral a souvent été attaqué, tant avant Mill qu'après lui. Je vais discuter ici la condamnation qu'en a fait Sir Patrick Devlin dans une récente

1. Traduction de « Immorality and Treason » paru dans le magazine de la BBC *The Listener*, vol. 62, n°1583, 30 juillet 1959, p. 162-163. Une version amputée a été publiée dans R. DWORKIN (dir.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977. C'est la version du *Listener* qui est traduite ici (Ndt).

conférence qui vient de faire l'objet d'une publication. Il y développe un argument original et intéressant destiné à montrer que « la société a *prima facie* le droit de légiférer contre l'immoralité en tant que telle » et que la Commission Wolfenden s'est trompée en pensant qu'il existe un domaine d'immoralité privée dont le droit n'aurait pas à se mêler. Sir Patrick développe un argument général, qui n'est pas confiné à l'immoralité sexuelle. Il ne dit d'ailleurs pas s'il est opposé à la recommandation émise par la Commission Wolfenden au sujet de l'homosexualité. Au contraire, il propose un principe hypothétique à même de résoudre la question : « Si c'est le sentiment véritable de notre société que l'homosexualité est un vice si abominable que sa simple présence est criminelle », alors la société a le droit de l'éradiquer au moyen du droit pénal.

Que Sir Patrick ait publié cette conférence est en soi un événement intéressant. Cela faisait plusieurs années qu'un juriste anglais distingué n'avait pas exposé une opinion générale et raisonnée au sujet des relations entre la morale et le droit pénal. Le dernier à l'avoir fait avec un talent et une clarté comparables fut selon moi le grand juge de l'époque victorienne James Fitzjames Stephen. Il est utile de remarquer que Stephen, tout comme Sir Patrick, a condamné le point de vue libéral. De fait, son *Liberty, Equality, Fraternity*, ouvrage impressionnant en dépit de sa tonalité très sombre, était une réponse directe à l'essai de Mill *On Liberty*. Le trait le plus remarquable de la conférence de Sir Patrick est la manière dont il conçoit la morale – la morale susceptible d'être mise en œuvre par le droit pénal. La plupart des penseurs qui l'ont précédé et qui étaient hostiles au point de vue libéral ont condamné ce dernier parce qu'ils pensaient que la morale consistait en des commandements divins, ou en des principes rationnels de conduite humaine découvrables par la raison humaine. Puisque la morale avait pour eux ce statut élevé – divin ou rationnel – de loi de Dieu ou de la raison, il semblait évident que l'État les mît en œuvre, et que la fonction du droit humain ne fût pas uniquement de fournir aux hommes l'opportunité de mener une vie bonne, mais de s'assurer qu'ils la mènent. Or Sir Patrick ne fait nullement reposer sa condamnation du point de vue libéral sur de telles conceptions religieuses ou rationalistes. Au contraire, ce qu'il écrit ressemble pour une grande partie à une abjuration de l'idée selon laquelle le raisonnement ou la réflexion auraient quoi que ce soit à voir avec la morale. La morale populaire anglaise a sans aucun doute une connexion historique avec la religion chrétienne : selon Sir Patrick, c'est cette connexion « qui a fait d'elle ce qu'elle est ». Mais elle ne doit à la religion (pas plus qu'à la raison) ni son statut actuel ni son importance sociale.

Qu'est-ce donc que la morale ? Selon Sir Patrick, la morale est avant tout affaire de sentiment. Selon lui, « tout jugement moral consiste dans le fait d'avoir le sentiment qu'aucun homme sain d'esprit ne pourrait agir autrement sans admettre qu'il a tort ». Qui, donc, doit éprouver ce genre de sentiments pour que l'on ait ce que Sir Patrick appelle une morale publique ? Sa réponse est la suivante : « l'homme de la rue », « l'homme sur le banc des jurés » ou encore

(pour reprendre une expression familière aux juristes anglais), « l'homme de l'omnibus de Clapham ». En effet, pour déterminer quels sont les jugements moraux de la société, pour autant qu'ils concernent le droit, il faut se placer du point de vue de l'homme raisonnable, que l'on doit bien se garder de confondre avec l'homme rationnel. De fait, comme l'écrit Sir Patrick, « on n'attend pas de lui qu'il raisonne au sujet de quoi que ce soit ; son jugement sera largement affaire de sentiment ».

INTOLÉRANCE, INDIGNATION ET DÉGOÛT

Mais précisément, quels sont les sentiments pertinents, les sentiments susceptibles de justifier le recours au droit pénal ? Ici l'argumentation devient quelque peu complexe. Le fait qu'une pratique suscite une antipathie répandue n'est pas suffisant. Il faut, nous dit Sir Patrick, qu'il y ait un « sentiment réel de réprobation ». Le dégoût ne suffit pas non plus. Ce qui est crucial est une combinaison d'intolérance, d'indignation et de dégoût. Voilà les trois éléments qui donnent sa force à la loi morale, ceux sans lesquels celle-ci « n'est pas dotée de poids suffisant pour priver l'individu de la liberté de choix ». Dans la conception de Sir Patrick, il y a donc une différence capitale entre le simple jugement moral défavorable émis par une société et celui qui est inspiré par un sentiment atteignant le « diapason de référence » de l'intolérance, de l'indignation et du dégoût.

Cette distinction est nouvelle ; elle est également très importante. C'est d'elle que dépend le poids que l'on donnera au fait que lorsque la morale est mise en œuvre par le droit, la liberté individuelle est nécessairement amoindrie. Bien que la formulation abstraite que Sir Patrick donne de son opinion à ce sujet soit assez difficile à suivre, les exemples qu'il donne dissipent tout doute. On le voit en particulier dans le contraste qu'il établit entre la fornication et l'homosexualité. Concernant la fornication le sentiment public n'atteint plus, dans la plupart des sociétés, l'intensité du diapason de référence. Le sentiment est plutôt qu'elle est tolérable si elle est confinée ; seule sa propagation la rendrait gravement préjudiciable. Dans de tels cas, la question de savoir si la liberté individuelle devrait être restreinte est pour Sir Patrick une question d'équilibre entre d'un côté le danger que le comportement fait courir à la société et de l'autre les limites posées à l'individu. Mais si, comme il est possible que cela soit le cas en matière d'homosexualité, le sentiment public atteint l'intensité du diapason de référence, s'il exprime un « jugement délibéré » selon lequel une pratique en tant que telle est préjudiciable à la société, s'il y a un « sentiment véritable que c'est un vice si abominable que sa simple présence est criminelle », alors cette pratique dépasse les limites du tolérable, et la société peut l'éradiquer. Dans ce cas, semble-t-il, on n'a plus besoin de rechercher un équilibre avec les impératifs de la liberté individuelle, même si le législateur ferait preuve de prudence en gardant à l'esprit que les limites populaires

de la tolérance peuvent bouger : l'intensité du sentiment peut s'éroder. Il peut en résulter un dilemme pour le droit ; car le droit peut très bien se retrouver sans l'entier soutien moral dont il a besoin, mais on ne peut le modifier sans donner l'impression d'affaiblir le jugement moral.

UNE MORALE PARTAGÉE

Si la morale c'est cela – un mélange d'indignation, d'intolérance et de dégoût – il faut se demander ce qui justifie qu'on la transpose telle quelle au sein du droit pénal, avec toutes les souffrances que la punition pénale entraîne. À cette question, la réponse de Sir Patrick est très claire et très simple. Une collection d'individus n'est pas une société ; ce qui en fait une société est, entre autres choses, une morale partagée ou public. Cela est autant nécessaire à son existence qu'un gouvernement organisé. Par conséquent, la société peut utiliser le droit pour préserver la morale comme pour préserver tout ce qui lui est essentiel. « Réprimer le vice est tout autant quelque chose dont le droit doit se mêler que réprimer les activités subversives ». Le point de vue libéral, qui nie cela, se rend coupable d'une « erreur de théorie du droit » : il n'est pas possible de définir un domaine d'immoralité privée, pas davantage qu'il n'est possible de définir un domaine d'activité subversive privée. Il n'y a pas de « limites théoriques » à une législation contre l'immoralité, tout comme il n'existe pas de telles limites au pouvoir de l'État de légiférer contre la trahison et la sédition.

Tout ceci est certes très ingénieux, mais n'en demeure pas moins trompeur. Il est tout à fait possible que la formulation millienne du point de vue libéral soit trop simple. Il y a des raisons d'interférer avec la liberté humaine qui sont plus variées que ne le suggère le seul critère de la « nuisance faite aux autres » : se montrer cruel envers les animaux ou organiser à son profit la prostitution d'autrui, voilà qui ne tombe pas aisément sous la description « nuire à autrui », comme Mill l'avait lui-même bien vu. À l'inverse même lorsque l'on nuit à autrui au sens le plus littéral, il est possible que d'autres principes viennent limiter le champ des activités nuisibles à autrui susceptibles d'être réprimées par le droit.

Il y a donc de multiples critères, et non un seul, qui déterminent à partir de quand on peut restreindre la liberté humaine. Peut-être est-ce cela que Sir Patrick veut dire au moyen de la distinction curieuse, sur laquelle il insiste souvent, entre limites théoriques et pratiques. Mais si l'on veut réfléchir clairement sur la relation appropriée entre la morale et le droit pénal, le point de vue libéral est, avec toute sa simplicité, un meilleur guide que Sir Patrick car il met en évidence ce que ce dernier laisse dans l'ombre : la nécessité de recourir à la réflexion avant de transformer la morale populaire en règles de droit pénal.

SOCIÉTÉ ET OPINION MORALE

Nous sommes sans aucun doute tous d'accord sur le fait qu'un consensus d'opinion morale dans certains domaines est essentiel si l'on veut que la société soit digne qu'on y vive. Les lois contre le meurtre, le vol et tout le reste seraient d'une utilité limitée si elles n'étaient pas soutenues par la conviction largement partagée que ce que ces lois prohibent est également immoral. Voilà qui est évident. Mais de cela il ne suit pas que tout ce à quoi la morale acceptée attache son veto moral est d'égale importance pour la société ; il n'y a pas davantage de raison de penser que la morale est une toile homogène (*seamless web*) qui tombera en morceaux, emportant la société avec elle, à moins que tous ses vetos emphatiques ne soient mis en œuvre par le droit. Et même lorsque le sentiment moral atteint le diapason de référence – le trio intolérance-indignation-dégoût –, nous devons assurément prendre le temps de la réflexion. Nous devons nous poser une question qui se situe à deux niveaux bien distincts, que Sir Patrick ne prend jamais le temps d'identifier ou de différencier clairement. Nous devons tout d'abord nous demander si une pratique qui offense le sentiment moral est nuisible, indépendamment de sa répercussion sur le code moral partagé. Ensuite, nous devons nous poser la question de cette répercussion. Est-il réellement exact que si l'on ne transpose pas cet élément de la morale partagée en règle de droit pénal on mettra en danger la trame même de la morale, et, partant, de la société ?

On ne saurait échapper à ces deux questions bien distinctes en se contentant de répéter vaguement la solution miracle : « Cela fait partie de la morale publique, et si l'on veut que la société continue à exister, il faut préserver la morale publique ». Sir Patrick semble parfois le reconnaître, puisqu'il admet, en des termes que tant Mill que le Rapport Wolfenden auraient pu employer, qu'il faut accorder à la liberté individuelle le maximum de respect compatible avec l'intégrité de la société. Mais en réalité, ce qu'il veut dire par là, c'est uniquement – comme le montre le contraste qu'il établit entre les exemples de la fornication et de l'homosexualité – que l'immoralité que le droit peut punir doit être généralement ressentie comme étant intolérable. Voilà qui ne saurait fournir un substitut adéquat pour une estimation raisonnée des dommages que l'absence de répression de cette immoralité causerait à la trame de la société.

L'inadéquation de l'approche de Sir Patrick à prendre en charge ce problème n'apparaît nulle part plus clairement que lorsqu'il compare la répression de l'immoralité sexuelle à la répression de la trahison ou des activités subversives. Une activité subversive privée est, bien entendu, une contradiction dans les termes, parce que « subversion » veut dire renversement de gouvernement, ce qui est quelque chose de public. Mais même lorsque le sentiment moral contre l'homosexualité atteint le diapason de référence, il est grotesque de penser qu'un comportement homosexuel entre deux adultes en privé est en quelque sorte analogue à une trahison ou une sédition, que ce soit en intention ou en fait. On ne le fera ressembler à une

trahison que si on suppose que dévier d'un code moral affecte nécessairement ce code, et mène non seulement à sa modification mais à sa destruction. Cette analogie ne prendrait un semblant de plausibilité que s'il était clair que désobéir à cet élément de la morale avait pour conséquence probable la mise en danger de toute la structure. Mais nous avons suffisamment de preuves pour croire que les gens n'abandonneront pas la morale, ne se mettront pas à penser du bien du meurtre, de la cruauté ou de la malhonnêteté pour la simple raison qu'une pratique sexuelle privée qu'ils abhorrent ne serait plus punie par la loi.

Pour cette raison, l'analogie avec la trahison est absurde. Bien entendu, « aucun homme n'est une île » : ce qu'un homme fait en privé peut affecter d'autres que lui de diverses manières s'ils en ont connaissance. De fait, il est possible que lorsque des gens qui mènent, comme c'est le cas de nombreux homosexuels, des vies nobles et en tous points exemplaires dévient de la morale sexuelle partagée, cela puisse entraîner ce que Sir Patrick appelle un déplacement des limites de la tolérance. Mais s'il faut trouver à cela une analogie dans le domaine du gouvernement, ce n'est pas au renversement d'un gouvernement bien ordonné que l'on a affaire, mais au changement pacifique de sa forme. Si, donc, on veut bien écouter les appels du sens commun et de la logique, on admettra que s'il est logiquement impossible qu'il y ait une sphère de trahison privée, il y a bien une sphère de moralité et d'immoralité privée.

La doctrine de Sir Patrick donne également prise à une critique plus large, et peut-être plus profonde. Dans sa réaction contre l'idée de morale rationnelle et dans son insistance sur le sentiment, il a à mon avis jeté le bébé et gardé l'eau du bain – et l'eau du bain peut en effet se révéler d'une grande saleté. Après que Sir Patrick eut donné sa conférence, le *Times* le félicita en ces termes : « Il y a une humilité touchante et bienvenue à soutenir que la société ne devrait pas se voir exiger qu'elle donne sa raison pour refuser de tolérer ce qu'elle ressent dans son cœur comme étant intolérable ». Un correspondant de Cambridge répliqua de la sorte : « Je crains que nous ne soyons moins humbles que nous ne l'étions auparavant. Il nous est arrivé de brûler des vieilles femmes parce que nous sentions dans nos cœurs, sans que l'on ait à donner nos raisons, que la sorcellerie était intolérable ».

Cette réplique est amère, mais cette amertume est salutaire. Je suppose qu'il est assez peu probable que nous nous remettions en Angleterre à brûler des vieilles femmes pour sorcellerie, à punir les individus pour s'être associés à des personnes de race ou de couleur différente ou à les châtier pour adultère. Mais si toutes ces choses étaient appréhendées avec intolérance, indignation et dégoût – comme c'est le cas pour la seconde d'entre elles dans certains pays encore aujourd'hui – il semblerait que, si l'on suit les principes de Sir Patrick, aucune critique rationnelle ne pourrait être opposée à l'idée selon laquelle elles devraient être punies par la loi. Il ne nous resterait plus qu'à prier pour que – pour reprendre son expression – les limites de la tolérance se déplacent.

UNE CURIEUSE LOGIQUE

Il est impossible de voir par quelle curieuse logique Sir Patrick en arrive à ce résultat. Pour lui, une pratique est immorale si rien qu'à y penser, l'homme de l'omnibus de Clapham en devient malade. Très bien. Mais pourquoi ne devrions-nous pas avoir recours à toutes les ressources de notre raison, à notre compréhension et notre sympathie mais aussi à notre intelligence critique, et insister pour qu'avant de transformer un sentiment moral partagé en règle de droit pénal on le soumette à un examen serré d'un type différent de celui envisagé par Sir Patrick ? Le législateur devrait assurément se demander si la morale partagée est fondée sur l'ignorance, la superstition, ou l'incompréhension ; s'il n'est pas faux de supposer que ceux qui pratiquent ce qu'elle condamne sont par ailleurs dangereux pour la société ou lui sont hostiles ; si l'on a bien compris ce que sont, spécialement en matière de délits sexuels, les conséquences néfastes de la punition pénale à commencer par les souffrances infligées à de multiples parties et le chantage. Il est vraiment extraordinaire que toutes ces considérations n'apparaissent jamais parmi celles que selon Sir Patrick on doit prendre en compte avant de légiférer contre l'homosexualité, qu'il s'agisse des « considérations pratiques », et *a fortiori* des « limites théoriques ». À toute théorie qui, comme celle-ci, affirme que l'exigence vague de préservation de la morale, essentielle à la société, justifie le recours au droit pénal, mais qui pourtant oublie d'insister sur la nécessité d'un examen critique, nous devrions répondre : « Morale, quels crimes sont commis en ton nom ! »

Comme Mill l'a bien vu, et comme Tocqueville l'a montré en détail il y a bien longtemps dans son étude critique, quoique bienveillante, sur la démocratie, il est beaucoup trop facile de confondre le principe démocratique selon lequel le pouvoir devrait être entre les mains de la majorité avec la thèse tout à fait différente selon laquelle la majorité, disposant d'un tel pouvoir, ne devrait respecter aucune limite. Toute démocratie court assurément le risque spécifique que la majorité dicte à tous comment on devrait mener sa vie. C'est le risque que nous prenons, et nous devrions être heureux de le courir ; c'est le prix à payer pour tous les bienfaits du gouvernement démocratique. Mais la loyauté que nous devons aux principes démocratiques ne requiert pas de nous que nous maximisions ce risque ; c'est pourtant ce que nous ferons si nous plaçons l'homme de la rue sur le toit de l'omnibus de Clapham et que nous lui disons que, pourvu qu'il se sente assez malade à l'idée de ce que d'autres font en privé pour exiger que le droit les en empêche, aucune critique théorique ne peut être opposée à une telle exigence.

*Traduit de l'anglais par Mathieu Carpentier
Tous droits réservés*