



HAL
open science

Un slogan pour une étiquette? Sur la séparation du droit et de la morale

Mathieu Carpentier

► **To cite this version:**

Mathieu Carpentier. Un slogan pour une étiquette? Sur la séparation du droit et de la morale. Isabelle Aubert, Élodie Djordjevic, Gilles Marmasse. La pensée et les normes Hommage à Jean-François Kervégan, Editions de la Sorbonne, 2021, 9791035106386. hal-03592864

HAL Id: hal-03592864

<https://hal.science/hal-03592864>

Submitted on 1 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Un slogan pour une étiquette ? Sur la séparation du droit et de la morale

Mathieu Carpentier

Professeur de droit public, Institut Maurice Hauriou (IMH)

Université Toulouse 1 Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Un slogan pour une étiquette ? Sur la séparation du droit et de la morale¹

On va s'intéresser ici à un label, ou à une étiquette : le « positivisme juridique », par quoi on désigne, au mieux, un courant de pensée fort hétéroclite et qui, au pire, ne remplit qu'une fonction rhétorique d'appartenance que l'on revendique ou d'accusation dont on se défend. Cette fonction d'étiquette commode est du reste accentuée par le fait que l'expression « positivisme juridique » ne signifie pas tout à fait la même chose selon qu'elle est employée par des juristes de droit continental – pour lesquels le positivisme juridique est avant tout un ensemble de thèses épistémologiques concernant la science du droit – et par les philosophes du droit anglo-américains – pour lesquels le positivisme est avant tout une certaine conception du droit, voire de la « nature » du droit². C'est pourquoi lorsque je parlerai de « positivistes juridiques », j'entendrai exclusivement par là les auteurs qui se réclament de cette étiquette ou à qui elle est imputée – et par « positivisme juridique », j'entendrai uniquement la somme de ces auteurs.

S'il y a, malgré tout, une thèse qui est partagée par l'ensemble des positivistes, quelque chose qui en fait le plus petit dénominateur commun, c'est bien, semble-t-il, celle de la séparation du droit et de la morale. Jusqu'à il y a peu, il était rare de trouver un positiviste qui ne s'en réclame pas. Cette expression a ainsi donné son titre à un article célèbre de Hart³, et Kelsen intitule également de la sorte le §12 de la seconde édition de sa *Théorie pure du droit*⁴. En réalité, en fait de thèse, on s'aperçoit rapidement qu'il s'agit avant tout d'un slogan qui recouvre tout un cluster de thèses différentes possibles⁵. La principale idée que véhicule ce slogan est, on le verra, qu'il n'y a pas de connexion nécessaire entre le droit et la morale. Il s'avèrera bientôt que cette reformulation est tout aussi imprécise que ce qu'elle cherche à

¹ Ce texte est la version remaniée d'une conférence prononcée dans le cadre des Lundis de la philosophie, à l'École normale supérieure de Paris, le 19 janvier 2015. Je remercie notamment Paul Clavier pour son acribie coutumière et Francis Wolff pour son invitation. En reprenant ce texte, j'ai tiré un grand bénéfice des discussions que j'ai eues avec Marc Cottureau, auteur d'une thèse remarquable sur le sujet abordé ici (M. Cottureau, *La séparation entre le droit et la morale Analyse d'une thèse constitutive du positivisme juridique*, thèse dactyl., Université Toulouse 1 Capitole, 2018).

² Sur les enjeux théoriques et métaphilosophiques de la notion de « nature du droit », v. M. Carpentier, « Controverses sur la nature du droit », *Droit & Philosophie*, 9, 2018.

³ H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, 1958.

⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962. L'original allemand emploie le terme « *Trennung* » (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., Vienne, Österreichische Staatsdruckerei, 1992). C'est ce même terme qui est utilisé pour rendre l'anglais « *separation* » dans la traduction allemande de l'article de 1958 de Hart (H.L.A. Hart, « Positivismus und die Trennung von Recht und Moral », in H.L.A. Hart, *Recht und Moral*, éd. N. Hoerster, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1971)

⁵ Voir pour un panorama non exhaustif G. Pino, « Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals », *Ratio Juris*, 27, 2014, p. 194 *et sq.*

explicitement. Du reste l'idée selon laquelle il n'y aurait aucune connexion nécessaire entre le droit et la morale paraît si contre-intuitive qu'elle a été dénoncée comme absurde par de nombreux positivistes⁶. Comme je serai amené à la soutenir la thèse de la séparation, si elle fait sens, ne porte que sur un certain type de connexion possible entre le droit et la morale ; mais il n'est pas certain que sa valeur heuristique en soit pour autant rehaussée.

Quelques précisions, avant toute chose, sur ce qui ne sera pas abordé dans cette contribution. En premier lieu, je m'abstiendrai de définir ce qu'il faut entendre ici par morale. Parmi les positivistes, on débat sur la question de savoir si la morale, dont on prétend que le droit est séparé ou séparable, est ce que Hart appelle la morale sociale⁷ ou parfois, suivant Austin, la morale positive⁸ (c'est-à-dire la morale partagée dans une société donnée) ou bien si la question porte exclusivement sur la morale « véritable », c'est-à-dire sur l'ensemble des critères moraux idéaux d'évaluation de nos actions – à supposer que de tels critères existent objectivement. Comme l'écrit L. Green : « Si les débats les plus bruyants concernent la relation du droit avec la morale valide ou idéale, la thèse de la séparabilité s'applique tout autant à la morale conventionnelle (ou positive). La thèse de la séparabilité rejette l'existence de connexions nécessaires sur les deux fronts »⁹.

Ensuite, je m'abstiendrai d'entrer dans les débats qui portent sur la séparation de la *philosophie* du droit et de la morale, et en particulier de la question de savoir si une philosophie du droit analytique et descriptive, moralement neutre, est possible. C'est un débat sur la méthodologie de la philosophie du droit qui existe depuis de nombreuses années¹⁰. Ce qui m'intéressera ici se situe non pas au niveau de la méthode, mais de l'objet, et porte par conséquent sur l'analyse des théories substantielles du droit.

Qu'entend-on donc lorsque l'on parle de séparation du droit et de la morale et d'absence de connexion nécessaire ? Pour tenter de répondre à cette question, je vais procéder en deux temps. Je vais tout d'abord expliquer rapidement ce que la séparation du droit et de la morale

⁶ J. Raz, « About Morality and the Nature of Law » in J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; L. Green, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », *New York University Law Review*, 83, 2008 ; J. Gardner, « Legal Positivism : 5 ½ Myths » in J. Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012. David Dyzenhaus suggère que la tradition positiviste rejette la thèse de la séparation – même si par cette dernière il entend en réalité plusieurs questions différentes (v. D. Dyzenhaus, « The Genealogy of Legal Positivism », *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2004).

⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 169

⁸ H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cit., p. 597 ; H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, p. 20

⁹ L. Green, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », art. cit., p. 1042.

¹⁰ Voir sur ce point 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, p. 33-51.

n'est pas (I), puis, ensuite, tenter de déterminer plus précisément la consistance de cette expression (II).

I. Ce que la séparation du droit et de la morale n'est pas

Il convient ici de faire deux séries bien distinctes d'observations. La première consiste avant tout en une clarification conceptuelle du terme « séparation » (A) ; la seconde, très brève tendra à réfuter certains présupposés théoriques qui sont parfois attachés à la thèse de la séparation (B).

A. Clarifications conceptuelles

En tout premier lieu, la séparation du droit et de la morale n'est pas une *distinction* du droit et de la morale. Que le droit et la morale soient deux objets distincts, qui présentent de nombreuses similitudes, mais également des différences majeures, voilà qui ne fait aucun doute. La séparation du droit et de la morale, si elle est affaire de *connexion* ou d'absence de connexion, ne peut être simplement affaire de différences. Il faut bien noter que je ne m'interroge pas encore ici sur ce qu'il faut entendre par « connexion » – terme il est vrai fort imprécis. Je me contente uniquement de souligner que lorsqu'on dit qu'il n'y a pas de connexion entre A et B (par exemple, un lien de causalité), on ne veut pas seulement dire que A et B ne sont pas la même chose ou qu'ils sont différents.

Cela ne veut pas dire que l'examen des nombreuses différences entre le droit et la morale ne soient pas intéressantes. De nombreux auteurs ont souligné ces différences. Selon Kelsen, il y a ainsi deux différences majeures entre le droit et la morale – qui sont, selon lui, deux systèmes de normes, ou plutôt, deux types de systèmes de normes : d'une part le droit est un ordre de contrainte, de sorte que toute norme juridique est assortie de sanction¹¹ ; bien plus, ce qui fait l'objet du devoir juridique, ce qui est *gesollt* c'est la réalisation de la sanction, de sorte que les principaux destinataires des normes juridiques sont les organes d'application du droit, chargés d'appliquer ou d'ordonner la sanction. Rien de tel en matière de morale selon Kelsen. D'autre part, selon Kelsen, le droit est un système de validité dynamique, alors que la morale est un système de validité statique¹².

¹¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 85

¹² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 255 et sq.

Autre exemple : Hart consacre une partie du chapitre VIII du *Concept de droit* à expliciter les différences entre droit et morale. Il souligne d'ailleurs que si cet exposé doit faire sens, c'est précisément parce qu'il existe entre droit et morale des similitudes qui, écrit-il, n'ont rien d'accidentel¹³. Le droit comme la morale comportent des règles qui fournissent, ou prétendent fournir, des raisons pour l'action ; le droit et la morale partagent un vocabulaire commun (le vocabulaire des obligations et des droits), et ainsi de suite. Cependant, outre une différence structurelle majeure (la morale ne comporte que des règles primaires, le droit est un système de règles primaires et secondaires), existent au moins selon Hart quatre différences plus spécifiques (importance des règles morales ; insusceptibilité de ces dernières aux changements délibérés ; caractère toujours volontaire de la faute morale ; caractère non coercitif de la pression morale)¹⁴.

Bref, il existe, c'est un truisme, de nombreuses différences entre le droit et la morale. Et si Kelsen comme Hart soutiennent *également* – par ailleurs – la thèse de la séparation du droit et de la morale, il n'est pas besoin d'accepter cette thèse pour accepter l'idée que le droit et la morale sont deux objets distincts. De fait, certains positivistes contemporains désireux de réfuter la thèse de la séparation, c'est-à-dire d'affirmer l'existence de connexions nécessaires entre droit et morale, se fourvoient lorsqu'ils se contentent de pointer l'existence de similitudes entre le droit et la morale. Dans un article célèbre, John Gardner écrit ainsi : « Après tout il y a une connexion nécessaire entre le droit et la morale si le droit et la morale sont nécessairement semblables sous quelque rapport. Et il en va bien entendu ainsi. Ils sont à tout le moins nécessairement semblables en ce que l'un comme l'autre comprennent nécessairement des normes valides »¹⁵. Ici Gardner confond malencontreusement la connexion (qui suppose un lien *généalogique*) et la similitude (qui suppose un simple lien *analogique*). Et de fait, comme le note caustiquement Matthew Kramer, « l'argument de Gardner permet de postuler des connexions nécessaires entre la morale et absolument n'importe quoi d'autre. Par exemple la morale et la planète Jupiter sont semblables en ce que ni l'un ni l'autre ne sont une tarte à la crème »¹⁶.

En second lieu, il faut remarquer que le sens de la thèse de la séparation du droit et de la morale n'est pas d'affirmer qu'il conviendrait de séparer ce qui était auparavant uni. Il ne s'agit pas d'une thèse normative, selon laquelle le droit ne devrait pas se faire le bras armé de

¹³ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 172

¹⁴ On renvoie là-dessus à H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 173 et sq.

¹⁵ J. Gardner, « Legal Positivism 5 ½ Myths », art. cit., p. 48

¹⁶ M. Kramer, « On the Separability of Law and Morality », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17, 2004, p. 315-316

la morale ou de l'ordre moral. Certes, quelqu'un comme Hart a soutenu à la fois la thèse de la séparation et la thèse libérale selon laquelle le droit (en particulier le droit pénal) ne devrait pas se faire l'instrument du consensus moral (d'ailleurs probablement illusoire) existant dans la société¹⁷. Mais ce sont deux choses tout à fait différentes. La thèse de la séparation est une thèse conceptuelle portant sur la nature du droit ; ce n'est pas une thèse normative portant sur le contenu de règles de droit particulières. Et de fait, comme nous le verrons, Hart est le premier à reconnaître que la morale positive, la morale partagée au sein d'une société a toujours directement influencé le contenu des règles de droit.

Pour résumer : la séparation du droit et de la morale n'est ni la distinction du droit et de la morale ni l'acte (souhaitable ou non) de séparer ce qui ne l'était pas auparavant. Ce qu'on entend par séparation du droit et de la morale est le caractère séparé du droit par rapport à la morale, le fait pour le droit d'être *conceptuellement* séparé – ou séparable – de la morale. Reste bien entendu à déterminer ce qu'on entend par une telle séparation.

B. Présupposés théoriques

J'en viens maintenant au second volet de mon propos sur ce que la séparation du droit et de la morale n'est pas. Il porte sur certains présupposés théoriques que l'on affirme parfois – surtout chez les positivistes continentaux – être à l'arrière-plan de la thèse de la séparation. Par exemple, le rejet du droit naturel a entraîné chez certains positivistes un rejet unilatéral de toute vérité morale – ce qui est tout à fait défendable – et, de surcroît, l'idée que l'on ne pourrait soutenir la séparation du droit et de la morale qu'au prix d'une forme de relativisme ou de scepticisme moral. Emblématique est le cas de Kelsen, et en particulier du §12 de la seconde édition de la *Théorie pure du droit* consacré à la séparation du droit et de la morale. Kelsen s'en prend à l'idée selon laquelle « n'existe qu'une morale, seule valable, c'est-à-dire une morale absolue »¹⁸. Il ajoute « Le postulat de la séparation du droit et de la morale signifie que la validité des ordres juridiques positifs est indépendante de la validité de cette morale unique (...) Le postulat de la séparation du droit et de la morale, formulé sur la base d'une théorie relativiste, signifie simplement qu'en déclarant un ordre juridique moral ou immoral on exprime simplement le rapport de l'ordre juridique à l'un des multiples systèmes moraux possibles et

¹⁷ H.L.A. Hart, *Law Liberty and Morality*, op. cit. ; H.L.A. Hart, *The Morality of the Criminal Law*, Jerusalem, Magnes Press, 1965.

¹⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 90

non pas à son rapport à la morale »¹⁹. [Kelsen prend du reste bien soin de souligner la différence entre le relativisme moral qu'il professe et le scepticisme moral, entre valeurs relatives et inexistence pure et simple des valeurs²⁰]. L'argument de Kelsen semble simple : le droit naturel prétendait fonder la validité des ordres juridiques sur une morale unique (la loi naturelle chez Thomas d'Aquin, le droit rationnel chez Grotius et ainsi de suite) ; il suffit de nier l'existence d'une telle morale unique, pour, *ipso facto* séparer le droit de la morale.

Ce raisonnement est néanmoins très étrange. En premier lieu, rien n'empêche de fonder la validité d'une règle juridique, ou plus largement d'un ordre juridique, sur une morale relative. Supposons que la validité juridique dépende (d'une manière ou d'une autre) de la température d'ébullition de l'eau. Le fait que la température d'ébullition de l'eau soit relative, et que l'eau bouille à 100° au niveau de la mer et à 85° sur le Mont-Blanc n'empêche nullement un – très hypothétique – lien de dépendance. De la même manière, on peut tout à fait retenir le postulat selon lequel les valeurs morales se modifient dans le temps et dans l'espace, mais néanmoins indexer la validité juridique à la valeur morale de la règle ou de l'ordre juridique considéré à un moment et à un endroit déterminé à sa valeur morale selon les critères moraux que l'on tient pour valides à ce moment et à cet endroit.

De surcroît, si on prend le raisonnement de Kelsen à rebours, on obtient l'idée selon laquelle s'il existait des valeurs morales absolues, composant une morale unique, alors il n'y aurait pas de séparation possible entre le droit et la morale – on serait alors contraint d'admettre que la validité du droit dépend de sa valeur morale. Voilà qui semble remettre singulièrement en question le bien-fondé de la thèse de la séparation prise comme thèse conceptuelle sur la nature du droit.

En réalité, la thèse de la séparation peut être soutenue quelle que soit l'option méta-éthique à laquelle on souscrit. Quand bien-même existerait une seule et unique morale, on pourrait fort bien soutenir (et on devrait le faire) que le droit en est séparé. De tout ceci il résulte que la thèse de la séparation est méta-éthiquement inerte : c'est avant tout une thèse qui porte sur le *droit* et non sur la morale.

Je conclus par ces observations la *pars destruens* de mon propos et j'en viens maintenant à la *pars construens* : qu'entend-on vraiment par la séparation du droit et de la morale ?

II. Faire sens de la thèse de la séparation

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 91

Dans l'esprit de Hart, la séparation du droit et de la morale n'est qu'une manière de reformuler le postulat central du positivisme classique, celui de Bentham et d'Austin : la distinction entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être. Il s'agit de réfuter à la fois la thèse selon laquelle le droit est en un sens toujours tel qu'il devrait être et la thèse symétrique selon laquelle, lorsque le droit n'est pas tel qu'il devrait être, il n'est pas du droit. Selon Bentham tel que Hart l'analyse, il s'agit d'une vision purement et simplement mystificatrice du droit²¹. En utilisant des critères moraux pour distinguer ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas, on en arrive alternativement à justifier tous les abus du droit en vigueur et/ou à tomber dans une forme d'anarchisme. Pour effectuer une critique adéquate du droit, il convient de prendre en compte la réalité du droit dans ce qu'elle a de plus cru. Du droit injuste demeure du droit, c'est pourquoi il faut le modifier ; le droit n'est jamais nécessairement tel qu'il devrait être, faute de quoi serait obérée toute réforme possible.

Il en résulte la célèbre formule d'Austin, qui semble bien banale aujourd'hui : « l'existence du droit est une chose ; son mérite ou son démérite en est une autre »²². Voilà la thèse fondamentale que Hart va reformuler au moyen de l'expression séparation du droit et de la morale, et qu'il va caractériser comme impliquant l'absence de *connexion nécessaire* entre droit et morale. Dans cette dernière expression c'est « nécessaire » qui est le terme opératoire : selon Hart, il existe de nombreuses connexions contingentes entre le droit et la morale. Est-ce à dire qu'il n'existe aucune connexion nécessaire entre le droit et la morale ? Cela est plus discutable. Hart était en effet le premier à reconnaître qu'« il existe de nombreux types relations différentes entre droit et morale et l'examen de *la* relation qui existerait entre l'un et l'autre ne présente aucun intérêt »²³.

Parmi l'ensemble de ces relations, toutes sont-elles contingentes ? Il est, à vrai dire, possible d'envisager l'existence d'un certain nombre de connexions nécessaires entre droit et morale ; j'en donnerai trois exemples (A). Ensuite je montrerai que le positivisme, par l'idée de séparation du droit et de la morale, vise avant tout deux aspects du droit pour lesquels n'existe aucune connexion nécessaire entre droit et morale : le *contenu* des règles de droit d'une part ; la validité des règles d'autre part (B). Je tenterai de montrer que la séparation du droit et de la morale ne fait véritablement sens qu'au sujet de la validité juridique. Elle apparaît alors comme

²¹ H.L.A. Hart, « The Demystification of Law » in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 28 *et. sq*

²² J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, éd. W. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 157.

²³ H.L.A. Hart, *Ibid.*, p. 185.

une thèse extrêmement ténue, sans doute triviale, encore que tous ne la partagent pas. Enfin, je montrerai que, même ainsi comprise, sa formulation exacte fait débat parmi les positivistes.

A. Quelques connexions nécessaires

Il existe de nombreuses connexions nécessaires entre le droit et la morale. Et contrairement aux apparences, Hart est loin de le nier. Dans le Postscript au *Concept de droit*, il écrit ainsi que, selon le positiviste, « il n'existe aucune connexion nécessaire *importante* entre le droit et la morale »²⁴. A ce sujet Leslie Green fait justement remarquer que des connexions contingentes peuvent être fort importantes, et qu'une connexion nécessaire peut être triviale²⁵. Par exemple, il est nécessairement le cas que le droit soit évaluable moralement – ce qui n'est pas le cas d'une tarte à la crème par exemple. Tout ceci est vrai, mais trivial. Cependant, on peut maintenir qu'à un niveau supérieur d'« importance », existent un certain nombre de connexions nécessaires entre droit et morale. C'est un point que je vais essayer d'illustrer au moyen de trois exemples relativement simples.

En premier lieu, il y a certaines exigences morales qui ne font aucun sens indépendamment de l'existence d'un système juridique. Prenons l'exigence de non-rétroactivité des lois, ou l'exigence de sécurité juridique : ce sont aujourd'hui, certes des règles de droit positif dans la plupart des Etats de droit contemporains. Mais avant d'être positivées, et d'ailleurs indépendamment de toute positivisation, il s'agit d'exigences morales. Or une telle exigence morale ne ferait purement et simplement aucun sens si n'existait pas un système juridique : on ne peut demander aux lois de ne pas être rétroactives qui si, au départ, existent des lois. Certes, il y a de nombreuses exigences morales que l'on adresse au droit (par exemple l'exigence de justice) que l'on requiert également de modes d'organisation sociale non juridiques. Mais certaines exigences morales ne s'appliquent qu'au droit, et n'ont pas lieu d'être en l'absence d'un système juridique. Voilà donc une première connexion nécessaire entre le droit et la morale : le droit suscite des exigences morales d'un type particulier que lui seul peut susciter.

²⁴ H.L.A. Hart, *Ibid.*, p. 259. Quelques pages plus loin, cependant, il revient à une formulation semble-t-il plus maximaliste de la thèse de la séparation : « il n'y a pas de connexion conceptuelle nécessaire entre le contenu du droit et la morale » (H.L.A. Hart, *Ibid.*, p. 268) ; il convient cependant de noter que, dans ce passage, Hart parle ici uniquement du *contenu* du droit, et non du droit en général. Cela est important dès lors que la thèse de la séparation est *prima facie* cohérente lorsqu'on la restreint aux relations entre contenu du droit et morale ; mais ces relations n'épuisent pas les connexions possibles entre droit et morale.

²⁵ L. Green, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », art. cit., p. 1043.

Deuxième exemple : certaines obligations morales incombant aux agents moraux dépendent intimement de l'existence d'obligations juridiques les concernant²⁶. En l'absence de toute règle juridique m'ordonnant de m'arrêter au feu rouge, je n'ai aucune raison de m'arrêter à un feu rouge qui par hypothèse n'existe pas. Or une fois que le feu rouge existe, je n'ai pas seulement l'obligation juridique de m'y arrêter ; j'ai également une obligation morale de m'arrêter au feu rouge, dès lors que, ce faisant, je remplis mon obligation morale de ne pas causer du tort à autrui. Cela ne veut nullement dire que l'ensemble des obligations juridiques donnent naissance à des obligations morales²⁷ ; mais il est nécessaire que l'existence du droit modifie le contenu de nos obligations morales. La morale n'est pas la même après que le droit apparaît.

Troisième exemple, que je tire de Hart lui-même. Le droit est un ensemble de règles. De la notion même de règle, découle une idée d'uniformité d'application. Si une règle interdit aux véhicules d'entrer dans le parc, mais que j'autorise, sans raison particulière pouvant justifier une exception, certains véhicules à y pénétrer, je ne peux pas être dit appliquer la règle. Appliquer une règle implique de traiter de manière identique les cas qui sont identiques *sous les aspects pertinents* pour la règle. Par conséquent, comme pour toute pratique réglée, le droit manifeste nécessairement une exigence de justice formelle. Dès lors que les règles s'appliquent *comme* des règles et n'opèrent pas de discriminations irrationnelles entre les sujets de droit, il en résulte nécessairement un embryon de justice. Celle-ci est donc une vertu nécessaire du droit. Certes Hart est à ce sujet très mesuré : « un auteur critiquant le positivisme²⁸ y a même vu quelque chose comme un lien nécessaire entre droit et morale, et a suggéré qu'on les appelle "la moralité interne du droit". Si c'est cela la signification du lien nécessaire entre droit et morale nous pouvons l'accepter. Elle est malheureusement compatible avec la plus grande iniquité »²⁹. Un système juridique respectant tous les critères de justice formelle, de non rétroactivité, de clarté et d'intelligibilité de la loi etc., pourra néanmoins contenir des règles qui sont *substantiellement injustes*³⁰. Pour Hart donc, il y a certes dans la justice formelle qui suit toute règle correctement appliquée une connexion nécessaire entre le droit et la morale, mais elle est bien ténue.

²⁶ Ce thème a été élaboré notamment par T. Honoré, « The Dependence of Morality upon Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993.

²⁷ M. Greenberg a, dans un article important, défendu l'idée selon laquelle l'obligation juridique s'épuise entièrement dans l'obligation morale que le droit fait naître (ce qu'il appelle « l'impact moral » du droit) : M. Greenberg, « The Moral Impact Theory of Law », *Yale Law Journal*, 123, 2014.

²⁸ Voyez L. Fuller, « Positivism and Fidelity to Law : A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, 71, 1958.

²⁹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 207.

³⁰ A ceci on pourrait ajouter que la justice formelle est une vertu *aspirationnelle* du droit, qui n'est *de facto* pleinement réalisée dans aucun système juridique.

De fait, si Hart peut accepter cette connexion, c'est que les connexions nécessaires importantes qu'il réfute se situent ailleurs.

B. Contenu et validité

Sous quels aspects le droit et la morale sont-ils séparés – ou « séparables » ? On doit retenir deux aspects principaux : d'une part le contenu des règles juridiques et de l'autre leur validité. Ces deux questions doivent être tenues distinctes même si elles sont souvent confondues.

Commençons par la thèse de la séparation – ou de la séparabilité – du contenu. Le contenu normatif des règles de droit est souvent identique à celui de règles morales. L'interdit du meurtre se retrouve dans la plupart des systèmes juridiques. Certes les règles sont formulées de manières différentes. Comme le notait Villey³¹ – qui en tirait hélas des conséquences absurdes³² – l'article 221-1 du Code pénal ne dit pas : « Tu ne tueras point ». Cependant, si l'on fait abstraction de la manière dont les règles sont formulées, il demeure que de nombreuses règles reflètent directement des exigences morales. Mais il arrive également que de nombreuses règles juridiques soient immorales, ou moralement neutres ou non-pertinentes. La thèse de la séparation s'énonce donc de la manière suivante : « il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit reflètent ou donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien que dans les faits elles l'aient souvent fait »³³. Dans un autre texte, Hart en donne une autre formulation : « le fait que le droit et la morale se chevauchent (*overlap*) fréquemment (dans leur proscription commune de certaines formes de violence ou de malhonnêteté, par exemple) est un simple fait contingent »³⁴.

Ici, c'est bien entendu de *séparabilité* et non de *séparation* du droit et de la morale qu'il faut parler : certes, en bien des aspects, le droit et la morale ne sont pas séparés – mais ils pourraient l'être, au sens où l'on pourrait envisager un système juridique dont les règles ne reproduiraient aucune exigence morale. Il existe un monde possible où le droit ne prohibe pas le meurtre. La séparabilité s'entend donc ici comme la contingence de l'identité de contenu entre droit et morale, ou plutôt entre règles de droit et règles morales.

³¹ M. Villey, « De l'indicatif dans le droit », *Archives de philosophie du droit*, 19, 1974.

³² Il semble en effet hasardeux de prendre appui sur certaines caractéristiques syntaxiques des énoncés juridiques français pour en tirer des conséquences générales sur la nature du droit.

³³ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 185-186

³⁴ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, p. 2

En réalité, il me semble que la thèse de la séparabilité, appliquée au contenu des règles, est critiquable, car ambiguë. De fait, personne ne soutient que l'identité de contenu entre règles juridiques et règles morales soit une pure et simple coïncidence ; cela tient au fait, déjà souligné, que l'idée de *connexion* implique un lien *généalogique* et non un lien analogique. La connexion nécessaire ou contingente entre droit et morale ne provient pas du fait que droit et morale sont similaires en ce qu'ils prohibent ou rendent obligatoire les mêmes choses. Cette connexion provient du fait que certains faits moraux *entraînent* certains faits juridiques : la thèse de la séparation, appliquée au contenu, nie que le droit reproduise nécessairement le contenu de règles morales *parce qu'elles sont morales*. En ce sens, ce qui est nié ce n'est pas toute connexion nécessaire entre contenu juridique et contenu moral, mais toute connexion nécessaire *directe* : le fait que X soit une règle morale n'entraîne pas nécessairement que le droit reproduise X – ou le duplique. L'absence de connexion nécessaire *directe* entre contenus n'est que la manifestation, on le verra, de l'absence de connexion nécessaire « tout court » entre validité juridique et valeur morale.

Mais il existe de nombreuses connexions nécessaires *indirectes*. Et de fait, c'est ainsi que l'on peut envisager l'identité de contenu concernant le meurtre ou le vol, par exemple ; et c'est ainsi que Hart les a envisagés au VIII^e chapitre du *Concept de droit* lorsqu'il dégage ce qu'il appelle un contenu minimum du droit naturel³⁵ et qu'on pourrait aussi bien appeler, comme le fait remarquer John Finnis³⁶, contenu minimum du droit positif. Selon Hart, un certain nombre de faits relatifs à la nature humaine (qui correspondent peu ou prou à ce que Hume a appelé les circonstances de la justice³⁷ : vulnérabilité de l'homme, altruisme limité, ressources limitées, égalité globale entre les hommes) impliquent nécessairement que le droit comme la morale possèdent un contenu minimal identique. Ces faits expliquent que la morale comme le droit prohibent nécessairement certains comportements, et qu'existent à défaut d'identité, des analogies suffisamment puissantes (par exemple la promesse et le contrat). Hart voit là une « nécessité naturelle »³⁸ : si une société doit être viable, elle doit nécessairement se doter de règles propres à favoriser *a minima* la survie de ses membres. Il ne s'agit certes pas là d'une nécessité *conceptuelle* ; mais il ne s'agit pas non plus d'une pure et simple contingence. Cependant, il s'agit bien d'une connexion *indirecte* : ce n'est pas parce que la morale comprend une règle X que le droit en reproduit le contenu ; c'est en revanche parce qu'existent certains

³⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 193 sq.

³⁶ J. Finnis, « Hart as A Political Philosopher » in J. Finnis, *Collected Essays IV : Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 262

³⁷ D. Hume, *Traité de la nature humaine*, trad. A. Leroy, Paris, Aubier, 1983, p. 603 *et sq.*

³⁸ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 199

faits propres à la nature humaine que le droit et la morale possèdent un contenu minimum commun³⁹.

S'il existe des connexions nécessaires entre contenu du droit et contenu de la morale, quand bien même la nécessité serait naturelle et non conceptuelle et quand bien même la connexion serait indirecte et non directe, alors ce n'est pas sur le contenu des règles que porte la thèse de la séparation. Le fait qu'il existe des règles juridiques injustes ou immorales doit moins nous inviter en réalité à faire porter la thèse de la séparation ou de la séparabilité sur la validité des règles. Que le contenu des règles juridiques puisse différer – et diffère souvent – des règles morales, c'est-à-dire qu'il existe des règles juridiques immorales, fait signe vers un problème bien plus fondamental : des telles règles *demeurent* des règles de droit. *A contrario* ce n'est pas *parce qu'elles sont dotées de valeur morale* que des règles sont des règles de droit. Que le droit puisse être immoral, voilà quelque chose que tout jusnaturaliste peut accepter ; mais que ce faisant il demeure pleinement et entièrement du droit, voilà qui semble davantage propice à susciter le désaccord.

La thèse de la séparation du droit et de la morale, s'il s'agit d'une thèse et non d'un slogan, doit donc être comprise de la manière suivante : le fait qu'une règle soit valide juridiquement ne dépend pas de son mérite moral. C'est cette conception restrictive qu'en retient par exemple John Gardner, qui rejette la thèse de l'absence de connexions nécessaires, et selon lequel la thèse centrale du positivisme repose (entre autres) sur l'idée de la séparation uniquement de la validité juridique et du mérite moral⁴⁰. En termes hartiens, la thèse de la séparation s'entend strictement comme la thèse selon laquelle la moralité d'une règle juridique ne figure pas au nombre des critères de validité spécifiés dans la règle de reconnaissance d'un système juridique. Reformulée en des termes plus formels, la relation de connexion nécessaire s'entend avant tout ici comme une relation de survenance⁴¹ : la validité juridique ne survient pas sur des propriétés morales. Deux règles peuvent avoir exactement les mêmes propriétés morales et, pour l'une, être juridiquement valide, et pour l'autre non valide.

³⁹ Pour une analyse très fine du contenu minimum du droit naturel (et notamment de la question de savoir s'il s'agit d'une connexion directe ou indirecte), voyez L. Green, « The Morality in Law » in L. Duarte d'Almeida, J. Edwards, A. Dolcetti, *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁴⁰ J. Gardner, « Legal Positivism : 5 ½ Myths », art. cit., p. 49 et sq.

⁴¹ Sur la notion de survenance (*supervenience*) et son rôle dans les débats contemporains de métaphysique, de philosophie de l'esprit et de philosophie morale, v. B. McLaughlin et K. Bennett, « Supervenience », in E.N. Zalta (éd.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2018 Edition)*, (<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/supervenience/>).

Comme Jules Coleman l'a noté dans un article célèbre⁴², la thèse de la séparation entendue ainsi est purement négative. Elle ne nous dit rien sur la nature du droit. Elle ne nous dit rien sur ce qu'*est* le critère de validité selon un positiviste. Elle est en ce sens peu intéressante : elle ne nous dit pas quelles sont les propriétés sur lesquelles survient la validité juridique⁴³. Coleman a même été jusqu'à soutenir : « On ne saurait utilement caractériser le positivisme juridique par la thèse de la séparabilité⁴⁴, puisque virtuellement personne ne la nie, que l'on soit positiviste ou pas »⁴⁵. Ceci en revanche est un peu excessif. Il est vrai qu'un certain nombre d'auteurs rattachés au jusnaturalisme classique, en particulier John Finis, ont mis en garde contre une interprétation erronée de l'adage augustinien *lex injusta non est lex*⁴⁶. Selon Finnis, cet adage ne porte pas sur la validité juridique mais sur la nature du droit. La thèse de la séparation est un truisme (une règle injuste est valide juridiquement – et sera tenue pour telle par les membres de la communauté juridique), qui constitue certes le fond de vérité du positivisme, mais qui n'épuise nullement le contentieux qui l'oppose au droit naturel. Une loi injuste est du droit, mais elle est du droit en un sens dégradé, corrompu – selon la formule de Thomas (*Ia-IIae*, Q. 95) : « la loi injuste n'est pas une loi, mais une *corruption* de la loi ». Du droit injuste est du droit qui ne remplit pas son office, qui n'accomplit pas son *ergon* – *ergon* qui, lui, est pleinement moral.

Cependant de nombreux auteurs anti-positivistes nient la thèse de la séparation, même prise en un sens aussi faible. C'est le cas de Dworkin, ou en tout cas du premier Dworkin – qui affirme que certains principes, qu'il distingue des règles, sont juridiquement valides à raison de leur valeur morale (ou plutôt de leur capacité à justifier moralement les règles de droit valides)⁴⁷ ; c'est à d'autres égards le cas de Robert Alexy⁴⁸ qui, suivant Radbruch⁴⁹, prend l'adage *lex injusta* presque au pied de la lettre.

⁴² J. Coleman, « Negative and Positive Positivism » in J. Coleman, *Markets, Morals and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 5 (article initialement paru en 1982)

⁴³ Comme Hart lui-même l'a soutenu, la thèse de la séparation n'est que l'une des cinq grandes thèses susceptibles d'être (au moins alternativement) rattachées au positivisme juridique, v. H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cit., p. 601-602.

⁴⁴ Je reviens sur la question de « séparabilité *versus* séparation » dans un instant.

⁴⁵ J. Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 152. Coleman a d'ailleurs changé d'avis depuis lors. Selon lui désormais, la thèse de la séparabilité est fautive, et elle n'est pas centrale au positivisme juridique (J. Coleman, « Beyond Inclusive Legal Positivism », *Ratio Juris*, 22, 2009, p. 383 sq. V. aussi J. Coleman, « Beyond the Separability Thesis », *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007)

⁴⁶ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 363.

⁴⁷ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1978, p. 67 et sq.

⁴⁸ R. Alexy, *The Argument From Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. S. Paulson et B. Litschewski-Pauslon, Oxford, Clarendon Press, 2002.

⁴⁹ G. Radbruch, « Injustice légale et droit supralégal », trad. M. Walz, *Archives de Philosophie du droit*, 39, 1994, not. p. 315.

C. Séparation ou séparabilité ?

Comme on l'a vu, la *séparabilité* du contenu des règles morales et juridiques implique en réalité une thèse de la *séparation* des fondements de leur validité : le caractère moral d'une règle n'est pas le fondement de sa validité juridique. Or demeure la question de savoir si la validité juridique et valeur morale ne sont pas *séparables* plutôt que *séparés*, au sens où un système juridique pourrait prendre la valeur morale pour critère de validité de ses règles, sans pour autant que cela soit conceptuellement nécessaire. Ainsi, pour Coleman (comme d'autres), le positivisme repose sur une thèse de la séparabilité et non de la séparation : « La thèse de la séparabilité est la thèse selon laquelle il existe au moins une règle de reconnaissance concevable (et partant au moins un système juridique possible) qui ne spécifie pas la conformité à la morale parmi [les conditions de validité] »⁵⁰. Il s'agit d'une thèse de la *séparabilité* qui n'affirme pas, que la validité juridique ne dépend pas de la moralité, mais uniquement qu'il est possible qu'elle n'en dépende pas. De fait la formulation que retient Coleman est tellement faible – il existe au moins un système juridique où la moralité n'est pas une condition de la validité juridique – qu'à peu près tout le monde est d'accord avec elle. Il s'agit néanmoins d'une ligne de fracture au sein du positivisme lui-même.

En effet, cela fait à peu près quarante ans qu'une querelle microcholine oppose les positivistes « inclusifs » et « exclusifs ». On trouve d'un côté les positivistes inclusifs⁵¹, dont Coleman est – ou était jusqu'à récemment – l'un des chefs de file, et qui affirment qu'il est possible que parmi les critères de validité juridique on trouve dans un système juridique donné des critères moraux – retenant donc une thèse de la *séparabilité* de la validité juridique et du mérite moral selon laquelle il n'y a *aucune connexion nécessaire* entre mérite moral et validité

⁵⁰ J. Coleman, « Negative and Positive Positivism », art. cit., p. 5 (je simplifie quelque peu la citation).

⁵¹ On trouve les premières versions du positivisme inclusif dans D. Lyons, « Principles, Positivism and Legal Theory », *Yale Law Journal*, 87, 1977 ; P. Soper, « Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute », *Michigan Law Review*, 75, 1977 ; J. Coleman, « Negative and Positive Positivism », art. cit. Hart en a adopté une variante dans le Postscript à la seconde édition du *Concept de Droit*. On en trouve les principaux raffinements dans W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994 ; J. Coleman, *The Practice of Principle*, op. cit. ; M. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press, 2003 ; K. Himma, « Inclusive Legal Positivism » in J. Coleman et S. Shapiro (dir.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2002. Le positivisme inclusif a par la suite été importé dans la théorie du droit continentale : voyez J.J. Moreso, « In Defense of Inclusive Legal Positivism » in P. Chiassoni (dir.) *The Legal Ought*, Turin, Giappichelli, 2001 ; V. Villa, « Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation and Value-Judgments », *Ratio Juris*, 22, 2009.

juridique⁵². Au contraire, les positivistes exclusifs⁵³ soutiennent une thèse de la *séparation* – selon laquelle selon laquelle il n’y a *nécessairement aucune connexion* entre validité juridique et mérite moral. Je ne fais ici qu’effleurer un sujet qui mériterait de plus amples développements.

Conclusion

Il résulte de ce qui précède que la « séparation du droit et de la morale », si on la comprend adéquatement, désigne une thèse relativement triviale et dont la formulation exacte est sujette à désaccords parmi les positivistes. Elle est donc loin de fournir la quintessence du positivisme juridique. On peut dire qu’il s’agit d’une thèse minimale qui permet de classer de manière présomptive une théorie du droit comme étant « positiviste ». Mais il s’agit d’une infime partie de ce qu’une théorie sur la nature du droit peut (et doit) fournir.

Le contentieux qui oppose les positivistes et leurs opposants ne tient pas, si ce n’est marginalement, à la thèse de la séparation du droit et de la morale – proprement comprise. Il ne porte pas davantage sur la thèse de l’absence de connexion nécessaire, qui est trop large pour ne pas s’exposer à la réfutation. La thèse de la séparation proprement comprise ne porte donc que sur une connexion parmi de nombreuses autres, et sur un seul aspect, la validité, certes important, mais loin d’être exhaustif de la nature du droit. Une théorie du droit positiviste comporte de nombreux autres aspects qui la distingueront d’une thèse jusnaturaliste et qui tiennent à la manière substantielle, *positive*, dont elle décrit et conceptualise le droit.

Certes, il est possible de soutenir, comme le fait Matthew Kramer⁵⁴ qu’il convient de conserver le *motto* de la séparation du droit et de la morale à titre de slogan ou thèse cluster, qui regrouperait outre la thèse de la séparation stricto sensu, comme je l’ai entendue, et d’autres thèses susceptibles d’opposer les positivistes aux jusnaturalistes (par exemple la question de savoir si existe une obligation morale d’obéir au droit, question par laquelle la plupart des positivistes répondent par la négative). Il demeure que l’attachement fétichiste à quelque chose qui n’est rien d’autre qu’un slogan tend à renforcer l’idée selon laquelle le « positivisme

⁵² On remarquera qu’il s’agit de la proposition subcontraire de celle de Coleman : Coleman affirme qu’il est possible qu’existe un système juridique où la morale n’est pas un critère de validité juridique ; la position standard du positivisme inclusif est davantage qu’il est possible que la morale soit un critère de validité juridique.

⁵³ Voir notamment J. Raz, *Authority, Law, and Morality*, art. cit. ; J. Raz, « Incorporation by Law » in J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, *op. cit.* ; A. Marmor, « Exclusive Legal Positivism » in A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; S. Shapiro, « Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake? », *Ratio Juris*, 22, 2009 ; S. Shapiro, *Legality*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2011, p. 267 et sq.

⁵⁴ M. Kramer, « On the Separability of Law and Morality », art. cit., p. 334-335.

juridique », loin d'être un corpus cohérent de thèses substantielles, n'est pas autre chose qu'une étiquette ou qu'un label. Et ce n'est assurément pas faire preuve d'un immense courage intellectuel que de douter de l'intérêt des slogans – tout autant que de la valeur des étiquettes.

Mathieu Carpentier

Université Toulouse 1 Capitole

Institut Maurice Hauriou